

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**EDEGAR KRUGER AFFELDT**

**LICITAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA  
RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE**

**FLORIANÓPOLIS - SC**

**2014**

**EDEGAR KRUGER AFFELDT**

**LICITAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA  
RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de bacharel, sob a orientação do Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves.

**FLORIANÓPOLIS - SC**

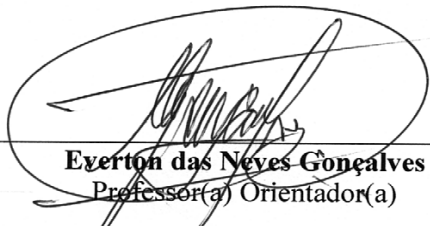
**2014**

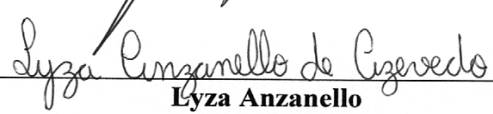
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

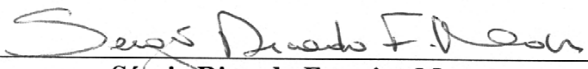
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Licitação Pública: uma análise dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Edegar Kruger Affedt**, defendido em **25/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,8 (muito), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 25 de Novembro de 2014.

  
\_\_\_\_\_  
**Everton das Neves Gonçalves**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Lyza Anzanello**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Sérgio Ricardo Ferreira Mota**  
Membro de Banca

Dedico este trabalho à minha fiel  
companheira Lenira, aos meus filhos Daniel,  
Edinara e Paula Eduarda, aos meus pais,  
irmãos, familiares e amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

A todo quadro de servidores da UFSC, pelo suporte e dedicação incondicional, em especial as servidoras da secretaria do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) a quem diversas vezes me auxiliaram nos momentos da rematrícula.

A todo corpo docente do CCJ pelas horas de aulas espetaculares, ensinamentos e, sobretudo lições de vida.

Ao meu Orientador, o Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves, por ter aceitado o convite deste aluno, pela confiança demonstrada e pela orientação prestada.

Aos membros da Banca por igualmente terem aceitado o convite e pela honra da presença.

Aos meus amigos das diversas turmas que frequentei pelo agradável convívio durante o curso.

Aos meus queridos pais pela orientação, pelo incentivo e pelo exemplo de vida.

A minha fiel escudeira pelo amor, pela paciência, confiança, amizade, companheirismo e dedicação.

Aos meus filhos a quem dedico como um exemplo para buscarem sempre evoluir na busca do conhecimento e que para isso exige muitos sacrifícios.

A fé em Deus principalmente, que me deu forças nas horas de dificuldades para nunca desistir e vencer todos os obstáculos.

E enfim, a todos aqueles que direta ou indiretamente fizeram parte desta história, aos amigos, aos colegas de trabalho, aos familiares, entre muitos outros.

*Na administração pública aonde se espera o resultado político, obra sem alma é obra não feita. É promessa não cumprida. É nada mesmo que tudo.*

*(Jean Carlos Sestrem)*

## RESUMO

Trata-se de uma monografia para conclusão do Curso de graduação em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), que teve como foco analisar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade dentro do cenário das licitações na Administração Pública. A escolha do presente tema justifica-se pela ampla necessidade de maiores explicações e estudos, destes princípios, com o intuito de identificar suas relevâncias e papéis no cenário das licitações públicas. Foi possível verificar, através da pesquisa bibliográfica, que as licitações públicas são utilizadas para atender outras finalidades além das que lhe são de fato imputáveis. A cada dia surgem novos casos de certames viciados por todo o país, colocando em cheque os processos licitatórios, que passam a sofrer com a desconfiança da sociedade. Assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem atuar como forma de equilíbrio para a execução das licitações públicas levando em consideração que a procedimentalização das licitações está vinculada ao formalismo. Contudo, o ato de julgar os documentos considerados para a habilitação e as diversas propostas dos licitantes, reveste-se de bom senso e de razoabilidade, significando ser formal sem ser totalmente formalista, de modo a não sobrepor os meios aos fins. Conclui-se, por fim, que esse formalismo é, sim, um instrumento valioso da igualdade e da moralidade nos atos administrativos. O que não se pode admitir é o rigor exagerado e incoerente com a melhor exegese da Lei. Portanto o ato de julgar uma licitação deve estar sempre contido de razoabilidade e de proporcionalidade, evitando um rigor formal, mas também cuidando para que não se estabeleça um processo ilegal de licitação.

**Palavras chaves:** Princípio da Razoabilidade. Proporcionalidade. Licitações Públicas.

## **ABSTRACT**

This is a monograph for conclusion of law in undergraduate course, the Federal University of Santa Catarina (UFSC), which focused on analyzing the principles of reasonableness and proportionality in the setting of bids in Public Administration. The choice of this theme is justified by the widespread need for further explanation and studies with these principles in order to identify their relevance and roles in the scenario of public bids. The choice of this theme is justified by the widespread need for further explanation and studies with these principles in order to identify their relevance and roles in the scenario of public bids. It was possible to verify, by means of bibliographic research, that the public bids are used to serve other purposes in addition to that you are in fact attributable. Every day, new cases of addicts exhibitions throughout the country, check the bidding processes, that are suffering with the distrust of society. Thus, the principles of reasonableness and proportionality can act as a form of equilibrium for the implementation of public bidding assuming the proceduralizing of bids is bound to formalism. However, the act of judging the documents used for qualification and the various proposals of the bidders, are of common sense and reasonableness, meaning be formal without being totally formalist, so as not to overlap the means to ends. The conclusion, finally, that this formalism is indeed a valuable instrument of equality and morality in administrative acts. What we cannot accept is the rigor excessive and inconsistent with the best exegesis of the Law. Therefore the act of judging a bid must always be contained of reasonableness and proportionality, avoiding a formal rigor, but also making sure that it does not establish a illegal bidding process.

**Keywords:** Principle of Reasonableness. Proportionality. Public Bids.



## SUMARIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
2 LICITAÇÃO PÚBLICA .....	13
2.1 CONCEITO .....	13
2.2 FINALIDADE .....	14
2.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO .....	15
2.3.1 Concorrência.....	16
2.3.2 Tomada de preços .....	17
2.3.3 Convite .....	19
2.3.4 Concurso .....	20
2.3.5 Leilão .....	21
2.3.6 Pregão .....	22
2.4 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA LICITAÇÃO .....	23
2.4.1 Princípio da legalidade .....	23
2.4.2 Princípio da impessoalidade .....	24
2.4.3 Princípios da moralidade e da probidade.....	25
2.4.4 Princípio da publicidade .....	25
2.4.5 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	26
2.4.6 Princípio do julgamento objetivo .....	27
2.4.7 Princípio da Isonomia ou Igualdade .....	28
3 INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E HABILITAÇÃO .....	30
3.1 EDITAL.....	30
3.1.1 Requisitos do edital .....	32
3.1.2 Elaboração do edital .....	33
3.1.3 Especificação do objeto da licitação.....	34
3.1.4 Vícios no edital.....	35
3.2 HABILITAÇÃO .....	38
3.2.1 Habilitação jurídica.....	39
3.2.2 Qualificação econômico-financeira.....	41
3.2.3 Regularidade fiscal e trabalhista.....	42
3.2.4 Cumprimento do artigo 7º, inciso XXXIII, da CF/88 .....	44

4 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA LICITAÇÃO.....	46
4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	46
4.1.1 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade .....	49
4.1.2 Elementos que caracterizam o princípio da proporcionalidade.....	49
4.1.2.1 Adequação .....	49
4.1.2.2 Necessidade .....	50
4.1.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito .....	51
4.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE .....	53
4.3 SENTIDOS NORMATIVOS DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE .....	55
4.3.1 Razoabilidade como equidade .....	55
4.3.2 Razoabilidade como congruência.....	55
4.3.3 Razoabilidade como equivalência .....	56
4.4 FORMAS DE INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE .....	56
4.5 NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO RESPONSÁVEL DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE .....	58
4.6 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA LICITAÇÃO E AS EXIGÊNCIAS DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.....	60
4.6.1 Conceito.....	60
4.6.2Tipos de Qualificação Técnica .....	62
4.6.3 Limites dentro da Qualificação Técnica .....	63
4.6.4 Discricionariedade Administrativa .....	66
4.6.4.1 Poder discricionário.....	66
4.6.4.2 Ato discricionário .....	67
4.6.4.3 Arbitrariedade e Discricionariedade Administrativa.....	68
4.6.4.4 Limites na Discricionariedade Administrativa .....	69
4.7 CONTROLE DA LICITAÇÃO.....	71
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	76

## 1 INTRODUÇÃO

A inspiração deste trabalho acadêmico e de sua temática nasceu ao tomar contato com as etapas dos processos licitatórios e que diante de pontos polêmicos no tocante ao estudo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo objetivo principal de análise.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é porto seguro para responder questões que envolvam a constitucionalidade, lei e justiça e para este estudo também utilizamos da jurisprudência e dos Princípios Gerais do Direito para traçar um raciocínio lógico que permitisse uma conclusão coesa com a linha expositiva do trabalho.

O objetivo deste trabalho é analisar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade dentro do cenário das licitações públicas, tendo como foco a seguinte pergunta: dentro do cenário das licitações públicas qual a relevância e papel dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade?

Assim, o primeiro capítulo tratará da Licitação Pública e apresentará seus conceitos, finalidade, modalidades e princípios. Por sua vez, o segundo capítulo tratará do instrumento convocatório e da habilitação, apresentando seus principais requisitos e características. Ao final, tratar-se-á dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na licitação, buscando conceituar, as formas de interpretar, a aplicabilidade e o controle.

Justifica-se este estudo com base na ampla necessidade de maiores explicações e desenvolvimento dos princípios nos processos de licitações.

Em relação a contribuição deste estudo, espera-se de alguma forma avançar na discussão do tema, seja através daqueles que tiveram acesso a este trabalho, seja pelo engrandecimento pessoal, resultado da pesquisa científica realizada.

Este estudo define-se pelo método de abordagem dedutivo, pois se procura debater um tema conflitante, sem encerrar o assunto, e sim instigando a busca de alternativas para responder as questões divergentes.

O estudo pretende encontrar o maior número de informações que permitam caminhar pelo tema possibilitando o incremento do debate já existente, a criação de novos pontos de discussão e, se possível, auxiliando na minimização de arestas ou respondendo questões de debate sobre o assunto.

A pesquisa se limitará à busca bibliográfica, documental e legislativa recente, priorizando textos que tratem do tema de forma dinâmica e flexível. Serão levantados os

materiais para serem fichados após leitura compondo um conjunto de informações, sendo selecionadas e classificadas de acordo com os subtemas pré-definidos e que direcionam o estudo. O método de procedimento define-se, portanto, como monográfico por tratar de tema específico, atual e baseado na literatura existente que será a base para todas as discussões durante o estudo.

## 2 LICITAÇÃO PÚBLICA

O processo licitatório, conforme previsto no artigo 37, inciso XXI, da CF/88, deve, excetuados casos específicos na legislação, anteceder os contratos celebrados pela Administração Pública, ou seja, verificada a necessidade da Administração em adquirir determinado bem ou serviço, via de regra haverá a necessidade de realizar licitação objetivando contratar um particular capaz de fornecer tal bem ou serviço, da forma mais vantajosa à Administração Pública.

### 2.1 CONCEITO

O processo licitatório é um processo administrativo formado por um conjunto de atos que tem como objetivo maior proporcionar à Administração a possibilidade de adquirir um bem ou serviço da forma mais vantajosa para ela própria.

Medauar (2008, p. 178) explicita acerca da licitação:

É um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes – interessados no processo, que dele participam, perante a administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus, sujeições.

Com a promulgação da CF/88, houve significativas mudanças acerca do instituto da licitação, estando disposto no inciso XXI de seu artigo 37 a necessidade de licitação, quando o objeto for relativo a obras, serviços, compras e alienações, conforme segue:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Conforme esclarece Medauar (2008, p. 178), deve-se realizar licitação entre a constatada necessidade da Administração de comprar e a celebração do contrato que

objetiva sanar tal necessidade, sempre respeitando-se os princípios da igualdade e da moralidade.

Nesta esfera, Mello (2006, p. 492) conceitua licitação da seguinte forma:

É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinados relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Na mesma linha expõe Justen Filho (2010b, p. 427):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

A fim de disciplinar melhor o referido instituto, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) previu em seu artigo 3º a observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, alertando para a necessidade de se processar e julgar as licitações com base nos princípios ali elencados, quais sejam: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Conforme visto, todo o procedimento licitatório tem uma finalidade seletiva, buscando obtenção de proposta que traga à Administração o melhor custo benefício possível quando da necessidade de adquirir serviços, obras, compras, concessões e alienações.

Por fim, vale frisar que a sucessão dos atos formadores do processo deve sempre observar os princípios constitucionais e específicos da licitação, que são suportes basilares do certame licitatório, e que garantem um resultado justo e satisfatório para a licitação acima de qualquer interesse de um particular.

## 2.2 FINALIDADE

Evidenciada a necessidade da Administração Pública de firmar contrato junto a um particular, deve ser realizada licitação objetivando apresentação da proposta mais vantajosa

à Administração, ou seja, a proposta que oferecer aquilo que é necessário, sendo dotado da qualidade necessária e, quando possível, pelo menor preço.

Igualmente, a fim de garantir um certame livre de vícios decorrentes do direcionamento de um futuro contrato, deve-se buscar sempre nos processos licitatórios a observância do princípio da isonomia, tendo como base quando o assunto é licitação. A respeito ensina Furtado (2010, p. 419):

É evidente que a Administração deverá buscar nas propostas apresentadas pelos licitantes aquela que melhor realize seus interesses imediatos. Porém, a busca deste fim, isto é, a busca de maiores vantagens, não autoriza a violação de garantias individuais ou tratamento mais favorecido a determinada empresa ou particular em detrimento dos demais interessados em participar do processo.

Vale salientar, ademais, que a própria Lei nº 8.666/93 no *caput* do seu artigo 3º, seguindo a ideia supra exposta, prevê que “[...] a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração [...]”.

Cumprir observar, ainda, conforme ensina Justen Filho (2010a, p. 60) a natureza instrumental da licitação, que é um instrumento jurídico da Administração para que a mesma alcance os fins que lhe são impostos seguindo os valores que lhe são fundamentais, ou seja, a licitação não apresenta fins em si próprios, sendo mais um procedimento necessário a uma futura contratação. Neste sentido, afirma-se “[...] que a licitação é um meio para a obtenção de um contrato administrativo vantajoso” (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 426).

A licitação é o meio pelo qual a Administração visa alcançar um contrato vantajoso, no entanto, ao atender o interesse público, o agente público deve atentar para a observância obrigatória do princípio da isonomia, a fim de garantir igualdade de condições aos licitantes.

## 2.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Licitação é gênero que se subdivide em seis espécies as modalidades licitatórias. Cinco são as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, que em seu artigo 22 elenca as seguintes: Concorrência; Tomada de Preços; Convite; Concurso e Leilão. Ademais, a Lei nº 10.520/02, trouxe ao ordenamento jurídico uma sexta modalidade, o Pregão, sendo este

estendido aos Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme leciona Medauar (2008, p. 182).

Cumprе mencionar, ainda, que cada modalidade serve para se conduzir de modo diferenciado e necessário a sequência de atos decorrentes da disputa pelo objeto a ser licitado, conforme será visto adiante.

### **2.3.1 Concorrência**

A Concorrência é considerada uma modalidade licitatória comum, juntamente com a Tomada de Preços, Convite e Pregão, tendo em vista que os objetos a serem licitados por meio de tais modalidades são os mesmos, conforme ensina Furtado (2010, p. 474).

Esta modalidade é própria dos contratos de preço mais elevado firmado pela Administração objetivando a execução das maiores e mais complexas obras e serviços de engenharia e compras ou serviços em grande quantidade ou de objetos de maior valor, sendo os montantes limites positivados no artigo 23, I, “c”, e II, “c” da Lei nº 8.666/93, ou seja, os contratos para obras ou serviços de engenharia com valor acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou contrato para compras e serviços com valor superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) serão submetidos a licitação na modalidade Concorrência.

Por ser, outrossim, a modalidade necessária para que sejam firmados contratos mais caros para a Administração é a que apresenta procedimento mais complexo e rigoroso e maior amplitude de divulgação, conforme entende Carvalho Filho (2009a, p. 261):

Exatamente porque os recursos financeiros a serem empregados pela Administração são mais elevados, essa modalidade é a que apresenta, em seu procedimento, maior rigor formal e exige mais ampla divulgação.

No que tange a maior divulgação dita pelo autor, esta relaciona-se com o fato de que a Concorrência é a modalidade que permite o maior acesso dos particulares à licitação e com menos entraves. Neste sentido já prevê o próprio artigo 22, inciso I, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 22. São modalidades de licitação:  
I - concorrência;  
II - tomada de preços;



III - convite;  
IV - concurso;  
V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

No mesmo sentido, acerca da participação ensina Justen Filho (2010b, p. 446):

Nessa modalidade de licitação, qualquer interessado pode participar do certame, desde que preencha os requisitos legais e ditalícios, sem a necessidade de atendimento a requisitos previstos para a tomada de preços ou convite.

Ademais, o parágrafo 3º, do artigo 23, da Lei nº 8.666/93 prevê a obrigatoriedade da Concorrência, não importando o valor do contrato administrativo, nos casos de compras e alienações de bens imóveis (exceto o disposto no artigo 19), nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, sendo necessário observar algumas peculiaridades previstas no diploma legal e que autorizam a licitação por meio de modalidade diversa.

No tocante ao procedimento adotado no certame quando a modalidade utilizada é a concorrência, examina-se primeiramente os requisitos para habilitação dos interessados e, posteriormente, são conferidas as propostas para a declaração do vencedor da licitação. Deve, assim, ser observado o disposto no artigo 43, conforme orienta o parágrafo 4º do mesmo artigo.

A Concorrência é, por fim, a modalidade adequada quando o objeto da licitação representará um grande gasto à Administração Pública, sendo garantido como em nenhuma outra modalidade o princípio basilar da isonomia, haja vista que qualquer interessado que possua as condições básicas constantes do edital pode participar, sendo respeitadas a devida publicidade e o tempo necessário para análise do objeto e elaboração da proposta.

### **2.3.2 Tomada de preços**

É modalidade pertinente a contratos de médio vulto, em que participarão do certame interessados previamente cadastrados junto aos órgãos públicos competentes ou que atendam todos os requisitos necessários para o cadastro até no máximo três dias antes do designado para o recebimento das propostas, sendo observada a qualificação pretendida pela Administração. Sendo necessário reafirmar, de acordo com o artigo 22, parágrafo 9º,

que é vetado à Administração exigir do interessado qualquer documento além dos triviais para o cadastro, sendo que tais são constantes dos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93.

Confirmando o supracitado e diferenciando a presente modalidade da Concorrência, leciona Furtado (2010, p. 521):

A diferença básica entre a concorrência e a tomada de preços reside na de que a primeira é destinada a qualquer pessoa que na fase de habilitação preencha os requisitos necessários à sua participação na licitação, enquanto a tomada de preços é modalidade dirigida aos interessados que já estejam cadastrados ou “que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Adotando esse critério, com a existência de um cadastro previamente efetuado, a Administração visa dar maior celeridade ao certame licitatório, eliminando a fase de apuração quanto às qualificações necessárias ao licitante para, ao final do processo, firmar o contrato. A este respeito ensina Justen Filho (2010b, p. 447):

[...] A finalidade da restrição aos cadastrados é tornar a licitação mais sumária e rápida. Os requisitos de idoneidade e de capacitação, em vez de serem examinados no curso da licitação e com efeitos para o caso concreto, são apurados previamente, com efeitos gerais. A licitação seria mais sumária e rápida, porque as atividades correspondentes a uma das fases já teriam sido esgotados previamente.

Apresenta-se, ainda, como uma modalidade com menos formalidades em face da Concorrência, até mesmo pelo menor valor do objeto a ser contratado, sendo os montantes limites previstos no artigo 23, I, “b”, e II, “b” da Lei nº 8.666/93, ou seja, os contratos para obras ou serviços de engenharia com valor entre de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou contrato para compras e demais serviços com valor entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) serão submetidos a licitação na modalidade Tomada de Preços.

Importante salientar que, conforme esclarece Justen Filho (2010b, p. 263), tem-se a ideia de que caberia ao licitante apenas a formulação da proposta, tendo em vista o cadastro anterior, no entanto pode haver a necessidade de uma habilitação prévia nos casos em que as informações constantes do cadastro não se apresentem como suficientes para a

segurança do adimplemento do contrato pelo licitante em face da maior complexidade dos requisitos habilitacionais pretendidos em face do objeto licitado.

A Tomada de Preços é a modalidade destinada para os certames licitatórios de preço estimado intermediário e proporciona maior facilidade para que os interessados realmente participem da licitação, sendo dever da Administração zelar pelo cumprimento dos prazos e da devida publicidade do certame conforme prevê a Lei nº 8.666/93.

### **2.3.3 Convite**

É a modalidade destinada a obtenção de contratos de pequena monta, por esta razão trata-se da modalidade comum de licitação que possui maior simplicidade em seu procedimento e que proporciona maior discricionariedade para os atos da Administração, que tem o poder de escolher quais os licitantes que irá convidar para participar do processo.

Medauar (2008, p. 183), seguindo o disposto na Lei nº 8.666/93 em seu artigo 22, § 3º, explica esta modalidade:

É a modalidade de que participam interessados do ramo pertinente ao objeto do futuro contrato, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa. Esta deverá afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, denominado carta-convite, e o estenderá aos demais cadastrados na especialidade, que manifestem interesse em participar com antecedência de até vinte e quatro horas do prazo final de apresentação das propostas (§ 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/93).

Tem-se nesta modalidade a exclusão do edital, que é substituído pela carta-convite, documento que é enviado para as pessoas e empresas escolhidas pela Administração para participar do certame e que contém as informações e regras relativas à licitação.

Esta modalidade preza pela celeridade do certame, prova disso é o pequeno prazo (cinco dias) necessário entre o efetivo convite e a apresentação da proposta. Vale frisar que este prazo pequeno também é uma decorrência da menor dimensão do objeto licitado, sendo os valores previstos no artigo 23, I, “a”, e II, “a” da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou seja, para contratos para obras ou serviços de engenharia com valor máximo de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou para contrato para compras e serviços com valor inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) haverá licitação na modalidade Convite.

Finalizando, na presente modalidade podem participar quaisquer interessados desde que previamente cadastrados, sendo necessário que a Administração convide pelo menos três empresas ou pessoas com aptidão necessária para o cumprimento do futuro contrato. É, ademais, necessária apenas a fixação de cópia do convite em local apropriado para que todos os interessados não convidados possam participar do certame licitatório.

### **2.3.4 Concurso**

O Concurso é, conforme consta do artigo 22, parágrafo 4º da Lei nº 8.666/93, a modalidade de licitação pertinente à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, que deve ser entregue pronto e na qual a Administração irá oferecer prêmios ou remuneração ao vencedor do certame.

O prazo mínimo entre a publicação do edital e a apresentação do trabalho deve ser de quarenta e cinco dias, sendo que admite-se a dilatação deste por período superior de acordo com a complexidade do objeto da licitação. Em outras palavras, o prazo deve ser o suficiente para a elaboração do trabalho técnico, artístico ou científico desejado.

Existem duas diferenças básicas entre o Concurso e as outras modalidades licitatórias, que concernem ao objeto da licitação e a contrapartida da administração, a este respeito leciona Furtado (2010, p. 526):

São duas as diferenças básicas entre o concurso e as demais modalidades de licitação que visam a contratação de empresas ou profissionais para a prestação de serviços. Nessas últimas, o serviço será prestado após a seleção, e o preço a ser pago é indicado pelo próprio licitante, aliás, será utilizado como critério básico para a escolha da melhor proposta. No concurso, ao contrário, os trabalhos são apresentados prontos e acabados, e o preço a ser pago, o denominado prêmio, é fixado pela Administração no edital do próprio certame.

Quanto à contrapartida da Administração, denominada prêmio, esta já está estipulada no instrumento convocatório, sendo que nem sempre trata-se de valor em dinheiro, sendo possível uma premiação por meio de um título de natureza diversa e que baste para o interesse dos licitantes.

Uma modalidade nesses moldes abre espaço para a subjetividade na decisão do melhor trabalho técnico, artístico ou científico, por tal motivo, conforme ensina Carvalho Filho (2009, 266), a comissão responsável pela licitação deve ter aptidão intelectual para um julgamento criterioso das opções e sem desvio de finalidade.

Esta modalidade visa a seleção de trabalho técnico, artístico ou científico, por meio de regulamento próprio, objetivando algo necessário à Administração ou simplesmente incentivo ao desenvolvimento cultural e científico.

### **2.3.5 Leilão**

É a modalidade própria para a alienação de bens da administração positivada no artigo 22, parágrafo 5º do Estatuto, desde que, avaliados, os mesmos não ultrapassem os valores limites previstos em lei para a modalidade Tomada de Preços, situação na qual seria necessária a realização de Concorrência.

Segundo Medauar (2008, p. 184) a ideia é que ocorra uma sequência de propostas por parte dos interessados e que seja vencedora a de maior monta, desde que o lance seja em valor igual ou superior ao da avaliação.

Para Justen Filho (2010a, p. 271):

[...] O leilão peculiariza-se pela concentração, em uma única oportunidade, de numerosos atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa. Além disso, o leilão se diferencia pela possibilidade de multiplicação de propostas por parte de um mesmo interessado.

O modo como se procede esta modalidade comporta maior maleabilidade, sendo dispensada, via de regra, até mesmo uma fase de habilitação dos interessados. No entanto não se pode abrir mão de uma divulgação ampla e do prazo mínimo de 15 dias entre a publicação do edital e a realização do ato.

Cumprir observar, ademais, que o legislador cometeu equívoco ao elencar no rol de bens passíveis de Leilão os produtos penhorados, já que esses são frutos de processos executórios e cabe apenas ao Poder Judiciário aliená-los. “O equívoco da lei não deve, no entanto, causar qualquer dificuldade à utilização dessa modalidade de licitação” (FURTADO, 2010, p. 525).

Pode, por fim, o leilão ser designado a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, sendo que o mesmo deve julgar os lances de acordo com o previsto no edital, sendo, contudo, evidente a adoção unânime do critério de maior lance.

### 2.3.6 Pregão

A mais nova modalidade de licitação existente foi criada por lei federal específica (Lei nº 10.520/02) e objetiva maior celeridade aos certames licitatórios que visem a aquisição de bens e serviços comuns.

A Lei conceitua de forma vaga em seu artigo 1º, parágrafo único, bens e serviços comuns, definindo-os como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Tal conceito não é suficiente para definir bens e serviços comuns, visto que o objeto da licitação deve sempre estar especificado no edital. Por este motivo, mais correto é conceituar de modo sucinto objeto comum como “aquele disponível no mercado a qualquer tempo, cuja configuração e características são padronizadas pela própria atividade empresarial” (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 446).

Ademais, cumpre salientar que embora esteja disciplinado pela Lei nº 10.520/02 e não conste do taxativo rol das modalidades previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93, o Pregão se sujeita às normas gerais previstas nesta segunda. A presente modalidade apresenta-se como opção mais célere e simplificada às modalidades comuns (Concorrência, Tomada de Preços e Convite), cabendo a Administração, de forma discricionária, escolher pela aplicação de uma das modalidades comuns (de acordo com o preço) ou do Pregão, que não se sujeita a limites de valor, sendo este importante apenas no que tange à divulgação da licitação.

Ainda sobre esta modalidade, importante é a inversão das fases de competição e de habilitação, que ocorrem nesta ordem, sendo que dentro da competição há primeiramente uma etapa de entrega das propostas, seguida de uma etapa de lances sucessivos. Sobre o tema esclarece Medauar (2008, p. 185):

Os envelopes com a indicação do objeto e do preço são abertos na sessão. O autor da oferta de valor mais baixo e os licitantes com preços até 10% superiores àquela podem fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Não havendo, pelo menos, três ofertas nessas condições, os autores das três melhores propostas poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos.

De acordo com a Lei nº 10.520/02 o Pregão pode ser realizado de forma presencial ou eletrônica, sendo que na primeira as propostas e lances são feitos pessoalmente em sessão pública e na segunda a apresentação das propostas e os lances são feitos com o

auxílio da internet. Não são, por fim, necessárias provas da capacidade do licitante de adimplir o contrato.

## 2.4 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 prevê em seu artigo 3º os princípios básicos a serem observados nos procedimentos licitatórios, sob pena de nulidade do certame. De acordo com tal dispositivo de lei, devem ser observados os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, além dos que a eles forem correlatos.

Diante da importância desses princípios para um certame bem conduzido, a seguir os mesmos serão explicados de maneira mais detalhada.

### 1.4.1 Princípio da legalidade

Esse princípio se impõe a todos os atos praticados pela Administração Pública, e por consequência aplica-se também no âmbito das licitações. Pelo princípio da legalidade todos os atos administrativos devem ter anterior positividade legal.

Neste corolário, Carvalho Filho (2009a, p. 234) aduz que:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do *devido processo legal*, segundo o qual se exige que a administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos em lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, em fim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

Outrossim, este princípio visa coibir práticas abusivas e discricionárias da Administração que podem contaminar os certames e torná-los nulos, no entanto, “a legalidade não é incompatível com a atribuição de uma margem de escolha (discricionariedade) para a autoridade administrativa” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 71).

Sendo assim, a legalidade apresenta-se como um princípio basilar de todo o Direito Administrativo e na atuação da Administração, esteja esta criando novas normas ou

fazendo-as serem cumpridas. Nas licitações é inadmissível a inobservância deste princípio, sob pena de anulação do certame no caso de irregularidades nesse sentido.

#### **2.4.2 Princípio da impessoalidade**

O princípio da impessoalidade prega que toda atividade exercida pela Administração Pública deve ter como objetivo maior a realização dos interesses da coletividade, não havendo espaço para a incidência de razões pessoais e subjetivas, que tem por objetivo a contemplação de uma pessoa ou a represália a outra.

Definindo o princípio da Impessoalidade, Justen Filho (2010a, p. 75) ensina que:

A impessoalidade é emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Exclui o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a que a decisão independa da identidade do julgador.

Existe, todavia, como leciona o autor acima, a possibilidade de alguma diferenciação entre os licitantes, neste sentido Furtado (2010, p. 424) aduz que se trata de exagero o pensamento de que todos devem ser tratados de forma idêntica sempre, sendo perfeitamente possível a diferenciação face as peculiaridades do objeto licitado, que pode exigir, por exemplo, requisitos de qualificação técnica ou econômica que objetivem restringir o certame apenas aos capazes de adimplir o contrato. No entanto, conforme expõe o autor, essas exigências não abrem espaço para a atuação do administrador que vise dirigir a licitação e coibir seu caráter competitivo.

Ademais, todos os atos administrativos concernentes ao certame licitatório devem pautar-se pela imparcialidade, sendo necessário que as regras da licitação constantes do edital não contenham obstáculos com cunho de predestinar o certame a determinado licitante. O edital deve prever de forma clara os critérios para julgamento, sendo estes idôneos e sem incidência de vícios, a fim de se garantir, sempre, o caráter competitivo da licitação.



### **2.4.3 Princípios da moralidade e da probidade**

De acordo com estes princípios, exige-se do administrador atuação pautada pela ética e bons costumes. A Administração Pública deve atuar com boa-fé e honestidade em relação aos licitantes e, acima de tudo, à sociedade. Ademais, os princípios da moralidade e da probidade administrativa guardam íntima ligação, razão pela qual devem ser estudados conjuntamente.

Deve-se sempre agir no âmbito dos valores presentes no ordenamento jurídico, mesmo que implicitamente. Será ilegítima a atividade exercida pela Administração sem a observância dos princípios da moralidade e da probidade, já que não haverá justiça no cumprimento do atendimento ao interesse público como máxima da atividade administrativa.

Acerca da incidência de tais princípios nos certames, ensina Justen Filho (2010a, p. 75):

Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente, para a validade do ato.

Por fim, cumpre salientar que a moralidade deve ser observada, também, pelos particulares licitantes, devendo estes proceder com honestidade, ética profissional e obedecendo aos bons costumes, assim como a Administração Pública.

### **2.4.4 Princípio da publicidade**

A Administração deve atuar de modo a manter transparentes todos os seus atos, de acordo com o princípio da publicidade. Assim sendo, as licitações devem sempre ter divulgação adequada, garantindo aos interessados e a toda a sociedade a possibilidade de fiscalizar os atos praticados. Há, igualmente, inevitavelmente, a incidência do princípio da moralidade neste âmbito.

A respeito da Publicidade, aduz Carvalho Filho (2009, p. 234):

Este princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.

Há, ainda, um fator de intimidação a práticas ilegais nos certames, posto que, conforme expõe Justen Filho (2010a, p. 76), um maior número de pessoas atuando na fiscalização das condutas administrativas gera uma maior preocupação desta em atuar nos conformes legais.

Nesta senda, o próprio artigo 3º, Parágrafo 3º da Lei nº 8.666/93 já prevê:

Art. 3º [...]

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Como se observa, conforme o dispositivo legal, o conteúdo das propostas deve ser mantido em sigilo até o momento oportuno de dar ao mesmo a devida publicidade, sendo que tal momento trata-se de sessão de caráter público. Assim sendo, chega-se a correta ideia de que o sigilo das propostas não afronta o princípio da publicidade, objetivando apenas maior competitividade e proteção do certame.

#### **2.4.5 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório**

Este princípio trata de vincular a Administração e os licitantes ao instrumento convocatório, seja ele um edital ou uma carta-convite, que é o instrumento que dá a direção em que deve caminhar o certame e serve de base para o contrato a ser firmado. O princípio visa dar segurança aos dois polos do processo licitatório, ajudando a evitar violações a outros princípios.

Seguindo o supracitado, ensina Medauar (2008, p. 182):

[...] o edital e a carta-convite são instrumentos convocatórios da licitação e contêm as regras a serem seguidas no processo licitatório e muitas que nortearão o futuro contrato. O instrumento convocatório é a lei da licitação que anuncia, daí a exigência de sua observância durante todo o processo.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório também se encontra positivado no artigo 41 do Estatuto, que dispõe que “a administração não pode descumprir

as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Cumpre esclarecer, todavia, que, conforme aduz Furtado (2009, p.44), apesar de não constar explicitamente do texto legislativo a vinculação também se aplica aos licitantes.

Cumpre informar, ainda, que diante de falha ou equívoco no instrumento este pode e deve ser corrigido já que não possui imutabilidade. Todavia, todos os licitantes devem ser informados das alterações, neste sentido leciona Carvalho Filho (2009a, p. 235) que “se o instrumento de convocação, normalmente o edital, tiver falha, pode ser corrigido, desde que ainda oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela”.

O instrumento convocatório, como já visto, é fundamental dentro do processo licitatório, vindo dele todas as informações basilares sobre o certame e o objeto pretendido. A não observância do disposto no instrumento acarreta a invalidade do procedimento, garantindo a segurança necessária para um certame justo e sem vícios.

#### **2.4.6 Princípio do julgamento objetivo**

O princípio do julgamento objetivo visa o afastamento da subjetividade na atuação administrativa em todas as fases da licitação. Há, ainda, uma grande ligação com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, já que é pressuposto do julgamento objetivo um edital bem elaborado, de interpretação simples e com regras objetivamente traçadas.

O artigo 44 da Lei nº 8.666/93 estabelece regras acerca deste princípio. De forma clara, Justen Filho (2010a, p. 611) aduz:

Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade. O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz dos valores protegidos pelo Direito. A tutela aos interesses supraindividuais não autoriza, contudo, ignorem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinhas as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório.

Não se pode banalizar o instrumento convocatório e ignorar as regras nele presentes. A comissão de licitação deve fazer cumprir o disposto do edital ou carta-convite, que ademais, deve estar positivado de forma objetiva. O critério adotado no instrumento deve ser seguido até o fim do certame, sem espaço para posições contrárias e subjetivismo.

Finalmente, não se abre possibilidades para surpresas quando do julgamento das propostas para a anunciação da vencedora. Tudo deve se desdobrar de modo previsível e claro, respeitando-se os demais princípios da licitação e garantindo a segurança necessária para o licitante no seu exercício profissional.

#### **2.4.7 Princípio da Isonomia ou Igualdade**

Os princípios da isonomia e da igualdade se confundem, representando basicamente o mesmo dentro da licitação, motivo pelo qual serão explicados conjuntamente. Tais princípios representam um direito e garantia fundamental a todos, conforme o artigo 5º de nossa Lei Maior, que ao tratar da licitação prevê, ainda, em seu artigo 37, inciso XXI, que o procedimento licitatório deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Conceituando Isonomia, Justen Filho (2010a, p. 69) aduz que:

A isonomia significa, de modo geral, o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração. Como decorrência direta e imediata da isonomia, é vedado à administração um particular sem a observância de um procedimento seletivo adequado e prévio, em que sejam estabelecidas exigências proporcionadas à natureza do objeto a ser executado.

Na linha do significado de Isonomia acima, e corroborando com a similaridade entre Isonomia e Igualdade, Carvalho Filho (2009a, p. 234) diz que “a igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro”.

Conforme esses princípios, a Administração deve adotar tratamento igual aos cidadãos que estão nas mesmas condições jurídicas. No ambiente da licitação isso significa que as pessoas e empresas que possuírem condições para participar do certame deverão, como licitantes, receber tratamento idêntico da Administração, ou seja, há um “tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 70).

Ademais, esses princípios objetivam, também, uma ampliação na disputa, já que tratando-se igualmente licitantes e dando-lhes as mesmas condições, será mais fácil que estes participem do certame, ou seja, haverá um maior número de licitantes e

decorrentemente de propostas. Assim, chega-se a propostas melhores em preço e qualidade, sendo satisfeito os interesses da Administração, dos licitantes e, mais importante, de toda a sociedade.

### 3 INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E HABILITAÇÃO

O instrumento convocatório mais comum nos certames é o edital, que se trata do documento que contém as regras, objetivos e procedimentos a serem adotados na licitação. Desta forma, por meio do edital o órgão que deseja obter do particular um bem ou serviço expõe o objeto pretendido, bem como as diretrizes do certame e os requisitos a serem cumpridos pelos licitantes. Vale lembrar, ainda, que nas licitações na modalidade Convite o instrumento convocatório é a carta-convite, mas por ser a exceção esta não será aprofundada no presente trabalho.

Decorrente das condições impostas no edital tem-se a fase conhecida por habilitação, que é, basicamente, o momento em que a Administração irá analisar se o particular possui as características necessárias para firmar o contrato e cumpri-lo da maneira desejada. Serão aprofundadas neste capítulo a habilitação jurídica, a econômico-financeira, a fiscal e a constante do artigo 7º, inciso XXXIII, da CF/88.

#### 3.1 EDITAL

O edital é o instrumento utilizado pela Administração para tornar público seu interesse em adquirir determinado bem ou serviço de um particular, bem como para explicitar as regras e características que os interessados devem atender caso desejem firmar o contrato.

Na verdade o certame licitatório “[...] começa para o público com o ato administrativo da abertura, consubstanciado no edital” (FIGUEIREDO, 2003, p. 478). Essa característica divulgatória somada com a regulatória representam os dois objetivos do edital, conforme esclarece Justen Filho (2010a, p. 523): “O edital e o convite são os documentos formais que desencadeiam a fase externa da licitação. Sua natureza jurídica é complexa, tendo tanto função divulgatória quanto normativa”.

Objetivando conceituar de modo claro o edital, Mello (2006, p. 546) leciona:

[...] é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado.

Compartilhando do entendimento de outros doutrinadores, Carvalho Filho (2009b, p. 268) explica que o edital trata-se em verdade de uma lei, com regras a serem seguidas corretamente pelos administradores e administrados, devendo ser considerado um “ato vinculado” para a administração de modo a ser sempre respeitado pelos seus servidores.

No mesmo liame, ensina Medauar (2008, p. 190):

*O edital é a lei interna da licitação, já se disse, não podendo ser descumprido pela Administração (art. 41, caput), nem pelos licitantes. Depois de providências internas da Administração e do prévio exame e aprovação da respectiva assessoria jurídica, o edital é publicado e partir daí desencadeiam-se as demais fases, se houver propostas apresentadas.*

Indo além, Di Pietro (2008, p. 369) aduz que o edital é a lei da licitação e do contrato, senão vejamos:

*Costuma-se dizer que o edital é a lei da licitação; é preferível dizer que é a lei da licitação e do contrato, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade; trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 [...].*

Em que pese a obrigação imposta a Administração de seguir as regras do edital licitatório, atentando para o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, tal dever não remete a uma característica de imutabilidade do edital, que pode, respeitando-se o princípio da publicidade e os devidos prazos, ser alterado após sua publicação visando o melhor andamento do certame e obtenção do bem ou serviço desejado.

Neste sentido esclarece Furtado (2010, p. 483):

*O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não deve ser entendido, porém, no sentido de que o edital é imutável. Havendo a real e efetiva necessidade de ser feita retificação no edital que possa, inclusive, vir a afetar o conteúdo das propostas apresentadas, a Administração poderá fazê-lo. A lei expressamente prevê, porém, na hipótese de a alteração vir a afetar o conteúdo das propostas, que será obrigatória a realização de nova divulgação do instrumento convocatório (edital ou convite), nos mesmos termos em que se deu a divulgação anterior e a reabertura de novo prazo para apresentação de novas propostas.*

Desta forma, resta clara a importância da elaboração de um edital bem pensado e corretamente analisado, não devendo a possibilidade de alterações posteriores ser usada

como uma ferramenta para reparar erros que poderiam ter sido facilmente evitados. Muitas vezes o bem ou serviço almejado possui caráter imediato, sendo que atrasos decorrentes de desatenção ou desinteresse podem resultar no fracasso de toda a licitação, já que a mesma não existe sem o edital, a lei do certame.

### **3.1.1 Requisitos do edital**

Os requisitos do edital estão positivados no artigo 40 da Lei nº 8.666/93. Este diploma preceitua que no edital de licitação deve constar, entre outros, os prazos do certame; o objeto do futuro contrato; condições para a participação; os critérios de julgamento, que devem ser objetivos; as sanções que serão impostas no caso de descumprimento.

Vale dizer, destarte, que o objetivo almejado quando da imposição dos requisitos é tornar de conhecimento dos interessados todos os pontos necessários, visando garantir o bom andamento do certame e um bom contrato.

Acerca dos requisitos do edital, ensina Di Pietro (2008, p. 369):

O artigo 40 estabelece os requisitos que deve observar no edital, alguns deles concernindo ao próprio procedimento da licitação (objeto, condições para participação, forma de apresentação das propostas, critérios para julgamento) e outros referentes ao contrato (prazo e condições para assinatura do contrato, para execução e para entrega do objeto da licitação, condições de pagamento e, quando for o caso, de reajuste de preços, condições de recebimento do objeto da licitação). Na redação do termo do contrato ou instrumento equivalente, nada pode ser inserido em discordância com o que determina o edital (art. 41).

Os requisitos que devem constar de qualquer edital licitatório objetivam sempre a segurança do certame e do decorrente contrato administrativo, ideia da qual decorre afirmação de que não cabe ao administrador acrescentar ou ignorar qualquer dos itens previstos nos incisos do artigo 40 do instituto, sob risco de frustrar a licitação e seu objetivo.



### 3.1.2 Elaboração do edital

Incumbe ao órgão que contratará o bem ou serviço a elaboração do edital da licitação, cabendo ao mesmo na preparação atentar para a presença das três partes de um edital, quais sejam: preâmbulo, corpo ou texto e fecho.

Conforme orienta Gasparini (2004, p. 547), o preâmbulo é a parte de abertura do edital, onde deverá ser feita a apresentação da licitação e do órgão licitante, ser exposta a modalidade, regime, tipo, número, legislação orientadora e datas dos atos. Já no texto, parte média do edital, deverão estar presentes as informações elencadas basicamente nos diversos incisos do artigo 40, ou seja, objeto da licitação, condições de apresentação das propostas e da participação dos interessados, prazos para execução entre outros. Por fim, no fecho devem estar presentes disposições no que toca à divulgação, a data e a assinatura da autoridade competente.

Nesta linha, cumpre expor os ensinamentos de Meirelles (2004, p. 281):

O edital, à semelhança da lei, tem *preâmbulo*, *texto* e *fecho*. O *preâmbulo* é parte introdutória, destinada a apresentar a licitação e identificar o órgão que a promove, devendo o nome da repartição interessada; o número do edital; a finalidade da licitação; o processo em que foi autorizada; a indicação da legislação que a rege; o local, dia e hora para recebimento das propostas e abertura dos envelopes com a documentação. O *texto* é o corpo e a parte fundamental do edital, por definir o objeto da licitação e estabelecer as condições de participação, o critério para o julgamento das propostas e os requisitos para a formalização do contrato. O *fecho* é o encerramento do edital, com as determinações finais sobre sua divulgação, data e assinatura da autoridade responsável pela licitação.

Faz parte da elaboração do edital, ademais, a aprovação da minuta do mesmo pela assessoria jurídica do órgão ou entidade pública licitante, atestando que o documento está dentro dos parâmetros legais exigidos. Tal determinação “se destina exatamente ao controle antecipado de regularidade e da validade dos atos relativos à gestão dos recursos públicos” (FURTADO, 2010, p. 483).

Nesta senda aduz Gasparini (2004, p. 509):

A minuta do edital deve ser examinada e aprovada por assessoria jurídica da Administração Pública, consoante prescreve o parágrafo único do art. 38 do Estatuto Federal Licitatório. O original desse ato deverá ser datado e assinado pela autoridade competente e juntado ao processo de licitação, extraindo-se as cópias para os fins desejados (art. 40, § 1º).

Como se sabe, o edital, lei da licitação, dará as linhas gerais que servirão de pilar dentro do certame e do consequente contrato administrativo, do modo que fica claro que uma elaboração cuidadosa e correta de um edital é parte imprescindível de uma licitação exitosa para o particular e, acima de tudo, para a própria Administração.

### 3.1.3 Especificação do objeto da licitação

Do edital deve constar, também, o objeto da licitação, possibilitando aos interessados conhecer o bem ou serviço que a Administração pretende contratar. Cabe ao órgão licitante definir de forma correta e clara o objeto a fim de impossibilitar a existência de qualquer dúvida a respeito do objeto e de suas características.

Ensinando sobre o tema, Meirelles (2004, p. 281-282) diz que:

*O objeto da licitação deve ser descrito sucinta e claramente, de modo que os interessados possam entender de imediato o que a Administração deseja contratar. As minúcias constarão do projeto ou anteprojeto, memoriais, especificações, plantas, planilhas e demais elementos complementares conforme o caso [...].*

Conforme leciona Figueiredo (2003, p. 450), o objeto deve estar caracterizado plenamente, sob o risco de ensejar futuros problemas, dentre eles a própria invalidade da licitação face a indefinição do objeto pretendido.

Na verdade, com a imposição da necessidade de se colocar o objeto da licitação no edital, busca-se a caracterização do bem ou produto necessário, e caso este objetivo não possa ser alcançado com uma descrição sucinta, a mesma não serve por não cumprir sua maior incumbência. Visando passar ao particular interessado as exatas características do objeto pretendido, não pode o administrador “abrir mão” de uma descrição minuciosa do objeto, evitando-se uma futura nulidade do certame.

Acerca do impasse expõe coerentemente Justen Filho (2010a, p. 538):

*A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação *a posteriori*. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso, “sucinto” não é sinônimo de “obscuro”. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade [...].*

Objetivando um bom contrato e a ausência de vícios no certame licitatório, deve a Administração fazer constar do edital a caracterização necessária e perfeita do bem ou serviço objeto da licitação, sendo o cumprimento deste objetivo essencial para a validade da licitação. Não bastando uma descrição sucinta do objeto para sua caracterização, deve a Administração optar por uma descrição minuciosa e mais detalhada.

### **3.1.4 Vícios no edital**

Boa parte dos problemas existentes em uma licitação ou nos contratos administrativos tem origem em um edital de licitação mal elaborado e com cláusulas equivocadas. Falta de capacitação dos administradores, interesses obscuros, displicência dentre outros, culminam em erros que comprometem o certame e, no final, o interesse coletivo.

Acerca do assunto, Justen Filho (2010a, p. 535) faz a seguinte crítica:

A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. Não seria exagero afirmar que os erros na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da Lei nº 8.666. Se esse diploma possui defeitos, eles são potencializados em virtude de editais mal redigidos. Na ânsia de evitar omitir regras necessárias, a Administração transforma os editais em amontoados de exigências inúteis, com formalismos desarrazoados e requisitos meramente ritualísticos. Muitas vezes, os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. Isso é um despropósito, eis que a atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pelos princípios constitucionais próprios.

É inadmissível que o edital de licitação funcione apenas como uma etapa obrigatória dentro do certame licitatório, devendo cumprir sua real função. Como já foi afirmado, o edital pode ser considerado a “lei” da licitação, devendo dar as diretrizes do correto andamento de todo o processo.

Um vício no edital de licitação é constatado quando alguma cláusula presente no mesmo visa discriminar algum licitante, afete o objeto ou acabe por trazer dificuldades no regular andamento do certame. Irregularidades desses tipos podem ocasionar a nulidade do edital.

Nesta concepção, ensina Gasparini (2004, p. 508):

As cláusulas ou disposições do edital e da carta-convite não podem ser tendenciosas, isto é, não podem levar a um licitante certo, servindo, nesta hipótese, o procedimento licitatório apenas como capa de um certame aparentemente regular. Também não devem comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação, nem estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos proponentes, ou, ainda, estabelecer tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras [...].

O autor toca em um importante ponto do edital, onde frequentemente são constatados vícios. Este ponto é justamente o das características exigidas dos futuros licitantes e que o edital licitatório não deverá “conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 682).

O próprio objeto e a finalidade do certame podem trazer consigo vícios que ocasionem a nulidade da licitação, sendo que falhas deste tipo também ocorrem com alguma frequência, seja por falta de cuidado do administrador ou mesmo por conta de interesses paralelos.

Sobre tais vícios aduz Justen Filho (2010a, p. 682):

Outra espécie de vício ocorrerá quando as regras previstas no edital não tiverem pertinência com o objeto a ser contratado ou com a finalidade concreta buscada pela Administração. Isso se verifica quando as regras forem inadequadas à mensuração da idoneidade do contratante ou à seleção da melhor proposta para a contratação desejada.

Ao redigir o edital, a Administração fica subordinada à lei, o que limita sua atuação discricionária dentro da elaboração do mesmo. Desta forma, cabe ao órgão licitante atuar com extremo zelo quando da elaboração do edital licitatório, atentando para um correto conhecimento jurídico, acerca das regras relativas ao tema, e técnico sobre o objeto a ser contratado. Cumpre, ainda, ao administrador, a observância dos princípios norteadores da atividade administrativa, tendo consciência de que vícios presentes no edital atingem o certame como um todo e causam sua nulidade.

A Lei nº 8.666/93 dispõe no artigo 41 e seus parágrafos sobre a possibilidade de impugnação do edital licitatório que contiver vícios, não obstante o evidente dever da Administração de corrigir os defeitos de ofício quando constatados antes de ser acionada. Trata-se de uma impugnação administrativa, que objetiva sanar os vícios antes da realização da próxima fase do certame.

O dispositivo legal aduz que tanto os licitantes quanto qualquer outro cidadão pode impugnar o edital, sendo dado a cada um deles um prazo distinto e ao licitante a garantia de continuar participando do certame regularmente.

Sobre o assunto leciona Meirelles (2004, p. 284):

*A impugnação deve ser apresentada em até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, quando efetuada por qualquer cidadão, e até dois dias úteis, quando apresentada por licitante, que não ficará impedido de participar do processo, até a decisão definitiva a ela pertinente.*

Importante atentar ao prazo fixado para a impugnação feita pelos licitantes, já que a não observância do mesmo acarreta a decadência do direito. “Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode, por exemplo, esperar ser inabilitado ou desclassificado para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à exclusão do processo licitatório” (FURTADO, 2010, p. 484).

Destarte, não parece plausível colocar os prazos fixados para impugnação como um termo final da garantia dos cidadãos e licitantes, já que na verdade o bem que se pretende assegurar é o da coletividade. Em alguns casos, visando a economia processual e a observância do princípio da legalidade, cumpre a Administração decidir acerca das impugnações feitas fora do prazo estabelecido em lei.

Neste sentido afirma Di Pietro (2008, p. 370):

*Tanto o § 1º como o § 2º têm caráter ordinatório da própria atividade administrativa; mas, como todo prazo estabelecido em benefício da Administração e não do servidor ou do administrado, o previsto nos referidos parágrafos também pode e deve ser relevado quando as impugnações, mesmo sendo feitas fora de prazo, sejam procedentes; razões de economia processual aconselham essa medida, pois evitará que a ilegalidade venha a ser apontada depois pelos próprios órgãos administrativos de controle ou mesmo pelos órgãos de controle externo (Tribunal de Contas e Poder Judiciário). Também a vinculação ao princípio da legalidade obriga a Administração a rever seus próprios atos quando irregularidades sejam descobertas por ela mesma ou por terceiros.*

Seja por iniciativa de um licitante, de um cidadão qualquer ou da própria Administração; dentro ou fora do prazo fixado em lei, devem os vícios presentes no edital ser corrigidos. O bem público está acima de qualquer interesse pessoal e deve ser tutelado, sendo que não pode a Administração se prender a disposições legais menores que, em

certos casos, podem retardar o regular andamento do certame e o fornecimento do bem ou serviço pretendido.

### 3.2 HABILITAÇÃO

Esta fase deve ocorrer em ato público, conforme prevê o artigo 43, § 1º, no qual, por meio de documentos entregues em envelope devidamente identificado, será analisado se o interessado possui idoneidade e capacidade para adimplir de forma satisfatória o futuro contrato administrativo.

Conceituando tal ato, Justen Filho (2010a, p. 396) diz que:

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo decisório, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar.

Atentando para o fato da vinculação da habilitação ao edital no tocante às qualidades exigidas do licitante, Gasparini (2004, p. 512) aduz que “[...] a habilitação é o ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação confirma no procedimento da licitação os licitantes aptos, nos termos do edital”.

Nesta fase o que realmente interessa é o licitante, ou seja, deixa-se de lado a própria proposta para avaliar se as características que o interessado possui são suficientes para cumprir os requisitos básicos exigidos pela Administração.

No contexto expõe Niebuhr (2008, p. 211) que:

É importante frisar que na fase de habilitação a Administração cuida do licitante, da pessoa que pretende firmar contrato com ela. Logo, na fase de habilitação a Administração não cuida da proposta, mas do proponente. Nesse momento, a Administração não avalia o que lhe é oferecido, porém quem oferece, se quem oferece agrega ou não capacidade e idoneidade para cumprir o contrato.

Os documentos possíveis de serem exigidos dos licitantes estão positivados de forma exaustiva no artigo 27, da Lei nº 8.666/93, ou seja, documentos relativos à habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do art. 7º, da CF/88.

Atentando para a existência do rol de assuntos elencados no artigo 27 do diploma legal, Mello (2006, p. 550) aduz que a lei prevê que somente os tópicos ali elencados podem ser cobrados dos licitantes, bem como que os documentos probatórios do cumprimento das exigências também são os positivados entre os artigos 28 e 31 da Lei.

Ao restringir os documentos necessários para comprovar a capacitação dos licitantes, a Lei nº 8.666/93 atenta para o princípio da isonomia no certame, impossibilitando que o administrador ao elaborar o edital solicite dos interessados comprovações descabidas visando afetar a competitividade da licitação.

Nesta linha, leciona Furtado (2010, p. 488):

Na busca pela proposta mais vantajosa, deve a Administração observar o princípio constitucional da isonomia, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, §1º e inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Os documentos exigidos para habilitação nos certames são constantemente objeto de discussão nas licitações, já que é um ponto que, embora a lei vise restringir, abre espaço para atuação ilegal do administrador que tenha interesses paralelos à licitação. Embora os documentos estejam elencados, existe espaço para que, na sua atuação discricionária, o administrador consiga de alguma forma direcionar a licitação como será constatado adiante, especialmente no próximo capítulo.

### **3.2.1 Habilitação jurídica**

Das possíveis exigências relativas à habilitação dentro de um certame licitatório, a habilitação jurídica é, provavelmente, a menos problemática. Trata-se da verificação da aptidão do licitante para celebrar o contrato administrativo do ponto de vista jurídico. Há, sim, relação com o instituto da personalidade jurídica da pessoa, seja ela física ou jurídica.

Ainda, conforme aduz Gasparini (2004, p. 516), da habilitação jurídica “[...] decorre a *capacidade jurídica*, tida como a efetiva aptidão da pessoa física ou jurídica para, com responsabilidade por seus atos, exercer direitos e contrair obrigações”.

Conceituando de modo claro a habilitação jurídica, Niebuhr (2008, p. 221) ensina que:

As exigências de habilitação jurídica servem para verificar se os licitantes gozam ou não de capacidade jurídica para celebrar contrato administrativo, isto é, se eles podem, aos olhos do direito, participar de negócios jurídicos. Nesse sentido, a Administração averigua quem é o licitante, como ele foi constituído, se ele está em situação regular e quem o representa.

Os documentos passíveis de serem exigidos pela Administração a fim de comprovar-se a habilitação jurídica do interessado estão elencados no artigo 28 da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

- I - cédula de identidade;
- II - registro comercial, no caso de empresa individual;
- III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Todavia, o rol de documentos elencados no artigo citado não é taxativo, cabendo à Administração, conforme leciona Meirelles (2004, p. 290), exigir outros documentos que julgar necessários para a necessária comprovação da habilitação jurídica.

Ademais, incontroverso é o fato de que não é facultado ao administrador exigir nas licitações que seja a habilitação jurídica comprovada. A habilitação jurídica deve existir em qualquer certame, sendo indispensável a apresentação dos documentos que a possibilitem, sob pena de inabilitação.

Neste liame, e confirmando o objetivo da habilitação jurídica, afirma Justen Filho (2010a, p. 407):

É impossível dispensar o particular de comprovar os requisitos de habilitação jurídica. O tema não tem pertinência com a disciplina da licitação propriamente dita. Sob o título de “habilitação jurídica”, indicam-se os pressupostos jurídicos indispensáveis à validade da contratação. Logo, sequer se trata de avaliar se o sujeito é suficientemente “idôneo” para executar o objeto licitado. Trata-se de apurar se o sujeito pode praticar os chamados “atos da vida civil”.



O objetivo da habilitação jurídica é bastante simples, podendo ser comprovada facilmente em poucos documentos, e consiste simplesmente em verificar se o licitante possui, juridicamente, capacidade de firmar negócios. Apesar de simples, esta parte da habilitação é necessária e muito importante para certificar-se da regularidade do interessado e garantir um bom contrato.

### **3.2.2 Qualificação econômico-financeira**

A qualificação econômico-financeira tem papel fundamental dentro da fase de habilitação do certame tendo em vista a garantia de cumprimento do contrato administrativo, objetivando a constatação da capacidade do licitante de suportar os encargos decorrentes do próprio contrato.

Depois de firmado o contrato administrativo, o particular, via de regra, se vê obrigado a fornecer o bem ou executar o serviço acordado, sendo que para tanto o mesmo terá que arcar com os custos decorrentes de material, mobilização de pessoal entre outros fatores sem os quais se torna impossível adimplir o contratado.

Ocorre, todavia, que o particular, normalmente, irá receber algum pagamento efetuado pela Administração somente após certo lapso temporal e o cumprimento do contrato total ou parcialmente. Desta forma é evidente a importância da constatação de que o contratado tem condições financeiras suficientes para suportar tal período sem comprometer o cumprimento do contrato.

A tempo, cumpre expor os ensinamentos de Justen Filho (2010a, p. 469) sobre o tema:

A qualificação econômico-financeira não é, no campo das licitações, um conceito absoluto. É relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessários à execução da prestação. A qualificação econômico-financeira somente poderá ser apurada em função das necessidades concretas, de cada caso. Não é possível supor que “qualificação econômico-financeira” para executar uma hidrelétrica seja idêntica àquela exigida para fornecer bens de pequeno valor. Mesmo nos casos em que não se configurem presentes os requisitos de capital social ou patrimônio líquido mínimos, será possível estabelecer regras acerca da qualificação econômico-financeira.

Certamente administradores mal intencionados pensariam neste assunto como mais uma possibilidade de atender seus interesses paralelos, entretanto objetivando evitar

vícios deste tipo o Estatuto dispõe nos incisos do seu artigo 31 os documentos passíveis de serem requeridos a fim de comprovar a qualificação econômico-financeira, que seguem:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no *caput* e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Importante ressaltar, ainda que o montante a ser demonstrado a fim de se comprovar a qualificação econômico-financeira não pode ser definido de forma arbitrária pela Administração. O administrador deve, atentar para duas funções do artigo supracitado, quais sejam: não impor exigências descabidas aos interessados e proteger o poder público da contratação de particular incapaz de cumprir o contrato.

Conforme ensina Meirelles (2004, p. 293), as exigências não devem ser descabidas e desproporcionais, não podendo simplesmente afastar os licitantes de capacidade econômica inferior. Deve-se, em verdade, atentar para a capacidade financeira real do licitante a fim de constatar, exclusivamente, se a mesma é suficiente para adimplir o futuro contrato.

Diante do exposto, deve a Administração agir com inteligência e prudência a fim de inabilitar os licitantes financeiramente incapazes de cumprir o contrato, já que a carência de recursos certamente levará a problemas futuros. No entanto, não pode a Administração agir com excesso a fim de resguardar-se, exigindo do particular comprovação maior que a necessária para dar viabilidade ao cumprimento da obrigação.

### **3.2.3 Regularidade fiscal e trabalhista**

Esta vertente da habilitação objetiva apurar a regularidade fiscal e trabalhista do interessado em firmar contrato com a Administração. O artigo 27 do Estatuto antes tratava apenas da regularidade fiscal, sendo que a trabalhista foi inserida pela Lei nº 12.440/11.

Esta Lei ainda adicionou o novo inciso V, ao artigo 29, da Lei 8.666/93, que prevê os documentos passíveis de exigência para se comprovar a regularidade fiscal e trabalhista. Assim sendo, a redação do referido artigo ficou assim:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Cumprido salientar, ademais, que a necessidade de estar quite com as obrigações fiscais já era prevista pela Constituição Federal em seu Artigo 195, §3º, como condição primordial para que um particular firmasse contrato junto à Administração. Atente-se para o fato de que o artigo da Constituição Federal não menciona a “habilitação”, no entanto esta é parte de um certame cujo objetivo é a firma de um contrato administrativo.

Em que pese não ser inconstitucional, resta claro que o inciso ora tratado não tem o escopo de constatar se o licitante é capaz de cumprir o contrato administrativo, desta forma, conforme aduz Niebuhr (2008, p. 222), é violado o princípio da competitividade e o artigo 37, da CF/88.

Diante do impasse criado acerca da regularidade fiscal e trabalhista e sua real utilidade, há discordância até mesmo entre os grandes doutrinadores. Defendendo a aplicação dos institutos, Furtado (2010, p. 501) afirma que:

De outro modo, permitir ao inadimplente participar de licitação significa dispensar tratamento igual aos desiguais, haja vista os devedores da previdência social terem condições de cotar preços mais baixos que aqueles que cumprem regularmente suas obrigações. Portanto, desde a habilitação, faz-se necessária a exigência da prova de regularidade dos encargos relativos à seguridade social nas licitações, inclusive na modalidade convite.

Já para Niebuhr (2008, p. 222-223), é descabida a exigência, conforme segue:

Ora, não se pode presumir que alguém em débito com o fisco seja incapaz ou inidôneo para firmar contrato administrativo e satisfazer plenamente as obrigações dele decorrentes. Muitas vezes o licitante tem pequenas pendências tributárias, até porque não se dispõe a curvar-se à voracidade fiscal do Erário, que não prejudicam em absolutamente nada a sua capacidade e idoneidade.

Fato é que os dois dispositivos constitucionais acabam por criar um problema no âmbito das licitações. Realmente um licitante pode se prevalecer financeiramente do fato de não ter recolhido os tributos como deveria, já que a voracidade fiscal obviamente compromete a situação financeira do particular. Assim, a exigência da regularidade fiscal e trabalhista não teria o papel na habilitação de filtrar os licitantes capazes de cumprir o contrato administrativo e sim colocar em igualdade de condições no certame.

Ainda sobre o tema, Justen Filho (2010a, p. 416) diz que a exigência acarreta o desvio de poder da Administração, que ao invés de selecionar os licitantes capazes e idôneos passou a utilizar sua competência para “punir” o licitante que não adimpliu suas dívidas. Outrossim, existem modos mais adequados, e por vias próprias, de cobrar as dívidas do particular.

Por fim, em que pese existirem esses impasses e diferentes pontos de vista, fato é que a regularidade fiscal e trabalhista é cobrada e deve ser atendida pelos licitantes sob pena de inabilitação. Sabe-se que a Administração não vai deixar de cobrar o que lhe considera devido e se este for o meio mais simples e eficaz irá fazê-lo.

### **3.2.4 Cumprimento do artigo 7º, inciso XXXIII, da CF/88**

Este requisito, presente no inciso V, do artigo 27, da Lei nº 8.666/93, objetiva a demonstração pelo licitante de que obedece ao disposto no artigo 7º, inciso XXXIII, da CF/88, ou seja, visa que o mesmo declare que não utiliza mão de obra de menor de dezoito anos em trabalhos noturnos, perigosos ou insalubres e de qualquer trabalho realizado por menos de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

O disposto no referido artigo da CF/88 foi introduzido na Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 9.854/99, sendo assim a exigência não pode ser tida como de natureza constitucional.

Para alguns doutrinadores, aliás, o inciso tratado é inconstitucional e não deve servir como condição para habilitar ou inhabilitar o licitante. Neste sentido é o entendimento de Niebuhr (2008, p. 272), conforme segue:

[...] a parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal assevera que somente é permitido exigir em licitação aquilo que for indispensável para verificar se os licitantes têm ou não condições de cumprir o futuro contrato. Ora, é evidência solar que o emprego ou não de menores nas condições vedadas pelo inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal não é algo indispensável para avaliar a capacidade dos licitantes, muito embora seja assunto importante para o Estado como um todo. Quer dizer que o emprego de menores não é tema afeito à licitação pública, não é algo indispensável para a habilitação. Por via de consequência, condicionar a habilitação de licitantes a questões relacionadas ao trabalho de menores é inconstitucional, por ofensa ao preceituado na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Somente condições básicas para o cumprimento do contrato são passíveis de serem exigidas do licitante pela Administração, de modo que a exigência tratada representa, em verdade, somente um entrave a mais dentro do certame. Ou seja, tem-se uma norma que não serve ao seu objetivo e, pior, é inconstitucional.

Assim, conforme aduz Meirelles (2004, p. 293), o cumprimento desta exigência decorre de uma simples declaração do licitante de que respeita o imposto pelo inciso XXXIII, do artigo 7º, da CF/88, conforme dispõe o Dec. nº 4.358/02.

Desta forma, diante da negação lógica do licitante de que descumpre o imposto pela Constituição Federal, resta clara a ineficiência do inciso V, do artigo 27, da Lei nº 8.666/93. É claro que em face de constatação da ocorrência da infração o contrato será rescindido, o que não é o suficiente para coibir a falsa declaração do interessado.

Não serve, por sorte, segundo ensina Niebuhr (2008, p. 415), a exigência em questão à licitação na modalidade pregão, que é regido por lei própria e não prevê em seu regulamento sobre habilitação o cumprimento do artigo 7º, inciso XXXIII, da CF/88.

Assim, o que importa é que o cumprimento de tal exigência é condição necessária para a habilitação do licitante, cumprindo à Administração requerer a declaração do particular e agir corretamente quando constatar alguma irregularidade a respeito. É uma burocracia desnecessária ao certame, mas que bem ou mal serve para coibir uma prática atentatória à sociedade.

## 4 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA LICITAÇÃO

### 4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade originou-se entre os séculos XVII e XVIII na Europa continental e está ligado diretamente à teoria do desvio do poder. Sua principal tese defensiva está ligada com concepção de que o homem já havia concebido direitos vinculados a sua própria natureza, muito antes do aparecimento do Estado. Desta forma, surgia fortemente a ideia de que o soberano deveria respeitar os direitos necessários e proporcionais que eram resguardados desde o início da vida e de todos os homens que viviam em sociedade, conforme aduz Oliveira (2003, p. 75).

De acordo com a filosofia iluminista do século XVIII, com a ideia de justa medida e moderação, Montesquieu já analisava uma das garantias individuais modernas, pregando que seria necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade na definição e da gravidade dos delitos e das penalidades, que desde esta época eram e hoje são atribuídas em forma de lei (OLIVEIRA, 2003, p. 76).

Para Eugênio (2012) foi após a Segunda Guerra Mundial que o princípio da proporcionalidade foi reconhecido como princípio constitucional na Alemanha, em uma decisão proferida em 1971, que transmitia a ideia de que o meio em que o legislador deveria utilizar para alcançar o seu objetivo deveria estar de acordo com a necessidade e adequação do fato.

Na mesma linha de pensamento, Oliveira (2003, p. 77) leciona sobre o assunto:

[...] a revolução progressista do princípio acontece após a II Guerra Mundial, impulsionada pela repulsa aos atos (inclusive legislativos) odiosos promovidos pelo *Nazi-fascismo*. A proporcionalidade é alçada do Direito Administrativo para o Direito Constitucional.

Assim, com o desenrolar do princípio da proporcionalidade na jurisprudência alemã, assevera Eugênio (2012) que ocorreu um aumento intenso na Europa sobre o tema, o que veio a estimular outros países como Suíça, Itália, Espanha e Portugal a inserir, construir e adaptar em doutrinas e jurisprudências o princípio e adequá-lo ao meio de acordo com as necessidades de cada Constituição.

Segundo Eugênio (2012) na Alemanha, este princípio primeiramente obteve uma forma administrativa, impondo limites na atuação do Estado diante do exercício do poder de polícia, área em que o Estado decidia livremente quais atitudes deveriam ser tomadas.

No mesmo sentido Oliveira (2003, p. 77), mostra que:

[...] a Alemanha (ocidental) desempenha papel primaz no processo de constitucionalização e clarificação do princípio. Seu Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) ao lado de portentosa produção doutrinária se dedica arduamente, com base na Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, ao reconhecimento normativo magno do paradigma da proporcionalidade.

Acompanhando o raciocínio, destaca-se da doutrina de Barroso (2009, p. 257) que:

[...] foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o de adequação, o da necessidade, e o da proporcionalidade em sentido estrito [...]. Com o desenvolvimento da teoria dos princípios e da teoria dos direitos fundamentais estabeleceu-se entre eles e a proporcionalidade uma *relação que não poderia ser mais estreita*.

Para Eugênio (2012) o princípio da proporcionalidade mais tarde garantiu seu espaço intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e das garantias individuais da pessoa humana, obtida a partir do surgimento do Estado de Direito.

No Direito brasileiro o princípio da proporcionalidade cada vez mais vem crescendo e se tornando importante, servindo como instrumento de controle nos atos do poder público (ÁVILA, 2006, p. 112).

De acordo com Santos (2012, p. 28), o princípio da proporcionalidade que está de forma implícita no art. 5º, da CF/88, que consiste na proibição de penas excessivas e desproporcionais em face do desvalor da ação ou resultado do fato punível, devendo assim, ser equivalente a pena cabível ao crime cometido.

Pontes (2000, p. 40-41) entende que este é um princípio basilar, fundado no Estado Democrático de Direito, no qual “[...] todo o poder emana do povo e em nome dele será exercido”. Cabe assim aos possuidores do poder a exercê-lo, de forma que venha sempre buscar contentamento dos interesses individuais que são garantidos pela Constituição.

O princípio da proporcionalidade, para Larenz (2000, p. 56), deve ser analisado “[...] como princípio jurídico material do Estado de Direito que decorre diretamente da noção de justiça, de justa medida, de moderação e que modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade”.

No mesmo sentido aduz Pontes (2000, p. 56):

Como princípio conciliador dos diferentes valores constitucionalmente consagrados através dos princípios jurídicos, a proporcionalidade permite a justa concretização não apenas do princípio da igualdade, como acentua Larenz, mas de todos os princípios constitucionais, definindo o peso específico que cada qual assume diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Portanto, o princípio da proporcionalidade consubstancia verdadeira garantia constitucional imanente ao Estado de Direito contemporâneo, e exerce simultaneamente na ordem jurídica a dupla função de proteger a esfera de liberdade individual contra medidas estatais arbitrárias, e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e de todo o elenco de pretensões constitucionalmente reconhecidas através das diferentes regras e princípios constitucionais.

A CF/88 traz em seu art. 5º, inciso XLVI, quais os tipos de pena que devem ser abordada pela lei ordinária. São elas a privação de liberdade, restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão de direitos, interdição de direitos (NUCCI, 2012, p. 30).

Assim, o mesmo autor complementa:

[...] deduz-se, por uma questão lógica, subsumida à dignidade humana e à intervenção mínima, que devam tais penas acompanhar a gravidade do crime. As mais severas, como a privação da liberdade, destinam-se aos mais ponderosos delitos, como, por exemplo, o homicídio, o roubo, o estupro. As mais leves, tais como multa, voltam-se às infrações penais mais brandas, tais como as contravenções penais e alguns delitos de menor intensidade (ameaça, para ilustrar).

De acordo com Mirabete (2011, p. 57),

[...] o princípio da proporcionalidade, num aspecto defensivo, exige-se uma proporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente e a sanção a ser a ele infligida, e, num aspecto prevencionista, um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal.

O mesmo autor acima citado comenta sobre as penas utilizando o princípio da proporcionalidade, argumentando que “deve haver, ainda, proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado” (MIRABETE, 2011, p. 246).

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso busca a compatibilidade da lei de acordo com os fins constitucionais e da legalidade nos atos



administrativos, cabendo ao legislador, no caso de inconstitucionalidade ou o administrador, no caso de ilegalidade buscar sanar qualquer contrariedade a este princípio.

#### **4.1.1 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade**

A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, de acordo com Ávila (2005, p. 113) deve depender de relação de causalidade entre o meio empregado e o fim pretendido.

Segundo o autor:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, o autor conclui que para a aplicação do princípio da proporcionalidade é indispensável que haja a determinação progressiva do fim. Ademais um fim indeterminado não permite com clareza verificar se foi ou não bem sucedido pelo meio que foi submetido.

#### **4.1.2 Elementos que caracterizam o princípio da proporcionalidade**

Os elementos que caracterizam o princípio da proporcionalidade são a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

##### **4.1.2.1 Adequação**

O elemento da adequação deve ser utilizado, para que determinada medida apresente o meio certo para que chegue a um fim baseado no interesse público e ainda a um fim pretendido, para que a medida seja capaz de guiar e conseguir nortear o objetivo que lhe foi escolhido (ÁVILA, 2005, p. 116).

Neste sentido, Ávila (2006, p. 152) leciona que “[...] a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”.

Por sua vez, Carvalho (2010, p. 370) diz que:

A adequação é conhecida também como subprincípio da idoneidade, pertinência, conformidade ou aptidão, significa que a medida deve ser adequada aos motivos que a impulsionaram e às finalidades que persegue. Há exigência de que a medida deva ser apta para a consecução do desiderato social eleito, e averigua-se a utilidade e a idoneidade do meio para atingir o resultado pretendido.

Lenza (2010, p. 97), na mesma linha de Carvalho, ensina que a adequação “também denominada de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”.

Já o penalista Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 27), faz uma interessante abordagem sobre o princípio em questão, como adequação e necessidade:

O princípio da adequação e o princípio da necessidade têm por objeto a otimização das possibilidades da realidade, do ponto de vista da adequação e da necessidade dos meios em relação aos fins propostos, formulados em forma interrogativa: a) a pena criminal é o meio adequado (entre outros) para realizar o fim de proteger um bem jurídico? B) a pena criminal (meio adequado, entre outros) é, também, meio necessário (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?

Sob a ótica de Nucci (2012, p. 29-30), o princípio da proporcionalidade: “é o princípio que zela pelo equilíbrio e justa adequação entre o delito cometido e a pena aplicada”. Portanto, o dano considerado mais grave deve corresponder a uma severidade maior de sanção, enquanto o dano menos severo deve corresponder a uma sanção mais branda.

#### 4.1.2.2 Necessidade

A necessidade tem como objetivo a análise de outros meios diferentes daquele escolhido primordialmente, seja pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, que possam alcançar o mesmo fim pretendido, sem limitar na mesma intensidade os direitos fundamentais se junto sejam afetados (ÁVILA, 2005, p. 122).

Ainda, segundo Ávila (2006, p. 158), sobre o elemento da necessidade leciona que:

Neste sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida dos direitos fundamentais colaterais afetados.

Por fim, Barroso (2009, p. 260) aduz que a necessidade visa verificar a imposição de um meio menos gravoso para conseguir o fim almejado.

#### 4.1.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito estabelece a comparação entre a importância do fim realizado e o quão intenso se mostra perante a restrição dos direitos fundamentais aplicados (ÁVILA, 2005, p. 124).

No mesmo parágrafo da citação do autor acima mencionado, propõe um questionamento e responde em seguida: “O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?” (ÁVILA, 2006, p. 160).

A resposta vem à tona no parágrafo seguinte no qual Ávila (2006, p. 160-161) explica que:

Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção do consumidor), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.

Para Carvalho (2010, p. 370-371):

A proporcionalidade em sentido estrito implica no sopesamento dos interesses em jogo, isto é, a ponderação das tensões entre os princípios em concorrência: pesa-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. A providência adotada deve ser proporcional ao conjunto de interesses jurídicos em exame. O que se ganha com a medida deve ser mais lucrativo do que aquilo que se perde, pondera-se o prejuízo relativamente o benefício trazido, sendo que a vantagem do ato deve superar as eventuais desvantagens que dele resultam.

A proporcionalidade em sentido estrito para Lenza (2010, p. 97), é a aplicabilidade conjunta da medida necessária e adequada. Para tanto, “[...] deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e restrição”.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o exame de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Conforme segue:

ACÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL); EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. **ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.** OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. [...]

**6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico [...]** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC 30/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, Processo Eletrônico DJe-127 Divulg 28-06-2012 Public 29-06-2012 RTJ Vol-00221- PP-00011). (Grifos nossos)

Neste sentido, a jurisprudência brasileira nos revela a interpretação do princípio da proporcionalidade como necessidade estabelecida no ponto (i), de adequação pelo ponto (ii) e por fim, o de proporcionalidade em sentido estrito no ponto (iii).

O Superior Tribunal de Justiça, também aplica o princípio da proporcionalidade conforme seus elementos caracterizadores, sendo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXCESSO DE PRAZO. ANULAÇÃO. NÃO-CABIMENTO. **PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.** INOBSERVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...]

4. O **princípio da proporcionalidade** em **sentido** amplo alberga a "exigência de **adequação da** medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; **necessidade da** restrição para garantir a efetividade do direito e a **proporcionalidade** em **sentido estrito**, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros).

5. "O **princípio da razoabilidade** é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça" (Fábio Pallaretti Calcini).

6. Determinar a aplicação da pena máxima de demissão a servidores públicos por terem submetido magistrado e outros servidores a constrangimentos por figurarem indevidamente na condição de representados, em processos instaurados no âmbito da Corregedoria-Geral de Justiça, não obstante a gravidade do ato, **não se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo-se que a Administração aplique uma sanção disciplinar mais branda.**

7. Recurso ordinário parcialmente provido. Segurança parcialmente concedida. [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RMS 29.290/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 15/03/2010). (Grifos nossos)

Na Administração Pública os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade objetivam aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de forma a evitar restrições desnecessárias e abusivas, devendo obedecer aos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade, sob pena de nulidade.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A origem histórica do princípio da razoabilidade entende-se estar ligada à Magna Carta inglesa de 1215. Como fonte do princípio da razoabilidade, acredita-se que este foi o primeiro documento escrito instituindo o poder do monarca a delimitações, estabelecendo a ele uma série de regras de Direito como, por exemplo, a propriedade privada e na esfera penal (OLIVEIRA, 2007, p. 82).

Tal princípio surge com o objetivo de impedir o poder Estatal na época em que se encontrava centralizado. Assim, caminhando em busca de um novo Estado Democrático de Direito, com objetivo de beneficiar a sociedade, procurando conferir respeito à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal (OLIVEIRA, 2003, p. 83).

Foi na Constituição Americana que tal princípio veio a ser recepcionado vigorosamente e a se desenvolver profundamente. E, segundo a doutrina americana, tal garantia aparece na Cláusula do Devido Processo Legal (*Due process of Law*), expressamente na Emenda 5ª, de 1791, e na Emenda 14, de 1868, da Constituição Americana de 1787 (OLIVEIRA, 2007, p. 84).

Assim, Oliveira (2003, p. 76) conclui afirmando que:

Desta, feita, com avanços e retrocessos, o mandamento do *due process of Law* se assenta na proteção dos direitos fundamentais. Nesta esfera, a produção dos Estados Unidos é emblemática com portentosas influências em outros países. Nelson Nery Junior chega mesmo a afirmar: “O prestígio do direito constitucional norte-americano tem como sua causa maior a interpretação da cláusula *due process* pela Suprema Corte”.

De acordo com Bulos (2014, p. 691), o princípio da razoabilidade encontra-se integrado no Direito constitucional brasileiro desdobrando o conceito do princípio do devido processo legal integrado no art. 5º, LIV e do art. 1º *caput*, ambos da Constituição Federal, que garante o Estado Democrático de Direito.

Para Barroso (2010, p. 257):

A ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito do devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio no sistema do *Common Law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com a formulação doutrinária sistemática.

Assim, Barroso (2010, p. 259) aduz que “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; [...] o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto, mesmo de forma implícita, não se pode negar que a razoabilidade integra o ordenamento constitucional brasileiro e constitui um princípio importante para elaboração de leis e atuação do Poder Executivo.

### 4.3 SENTIDOS NORMATIVOS DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Está inserido no princípio da razoabilidade critérios que propõe sentidos normativos, como o da equidade, congruência e de equivalência. Eles servem de sustentação para diferenciar do princípio da proporcionalidade.

Visto que alguns doutrinadores entendem que os dois princípios são sinônimos e outros que entendem que são antônimos. Veremos a seguir estes sentidos normativos que são aplicados de forma diferenciada.

#### 4.3.1 Razoabilidade como equidade

Primeiramente, este critério foi utilizado pela relação das normas gerais com as individuais para que no caso concreto conseguisse mostrar sobre qual perspectiva estas normas deveriam ser aplicadas. Desta forma aplicar-se-ia nas hipóteses as quais poderiam ser enquadradas nos casos individuais ou em virtude de suas especificidades, deixaria de se enquadrar na norma geral.

Desta forma, Ávila (2006, p. 142) entende que o princípio da razoabilidade como equidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual.

Ávila (2006, p. 142), conclui que:

[...] a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua a interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF).

Deste modo, deve-se considerar o que normalmente acontece, o equilíbrio entre a norma geral com os aspectos individuais do caso concreto.

#### 4.3.2 Razoabilidade como congruência

Neste tipo de interpretação não está ligado à análise da relação entre meio e fim, e sim entre critérios e medida (ÁVILA, 2006, p. 144).

O postulado da razoabilidade como congruência para Ávila (2006, p. 145):

[...] o postulado da razoabilidade exigiu uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. [...] A eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) soma-se a eficácia do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), que impede a utilização de critérios distintivos inadequados. Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.

Ávila (2006, p. 146) propõe um exemplo explicativo sobre o princípio da razoabilidade como congruência, ocorre que, esta norma foi elaborada e inserida na CF/88 e tal norma determinava que o pagamento do salário dos servidores públicos deveria ser feito impreterivelmente até o décimo dia útil de cada mês, sem atrasos.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre tal norma, alegou que esta era irrazoável e que de fato era impugnada para que não ocorresse o atraso no pagamento dos salários, pois estabelecida uma antecipação de pagamentos de determinados serviços que ainda não teriam sido prestados.

#### **4.3.3 Razoabilidade como equivalência**

A razoabilidade como equivalência adota a relação de equivalência entre a medida imposta e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2005, p. 109).

O exemplo que Ávila (2005, p. 109) propõe para explicar este aspecto analisado, é a declaração de inconstitucionalidade frente a uma criação de taxa judiciária de percentual fixo, onde o valor seria muito elevado, a taxa que não teria qualquer equivalência, ou seja, uma desproporção diante do custo real do serviço. Desta forma, houve a manifesta falta de razoabilidade como equivalência.

#### **4.4 FORMAS DE INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE**

Sobre as formas de interpretação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade Mendes (2010, p. 181) defende que:

[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das



ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

E ainda, o mesmo autor (2010, p. 181-182) complementa que:

Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido estrito.

Bulos (2010, p. 666), defende que:

*O princípio da razoabilidade, proporcionalidade, ou proibição do excesso é o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom-senso, a prudência e a moderação no ato de compreender os textos normativos, eliminando o arbítrio e o abuso de poder. [...] os americanos usam o qualificativo *razoabilidade*; os alemães, *proporcionalidade*; os europeus, *proibição do excesso*. Todos esses termos são apropriados, pois computam ideia de *prudência*, *sensatez*, *bom-senso*, *equilíbrio*. Isso é o que interessa.*

Para Barroso (2009, p. 259), foi na doutrina alemã que o princípio se dissipa em três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes subprincípios são os elementos de razoabilidade do ato, chamado também de razoabilidade interna, que descreve a respeito e fins pretendidos.

Além disso, Barroso (2010, p. 260) cita um exemplo do crescimento da Aids (motivo) no país, no qual o poder público deveria acabar com o consumo de álcool em época de carnaval (caracteriza o meio) para que impedisse que as pessoas não se contaminassem (caracteriza o fim). Nesta premissa, percebe-se que esta medida é irrazoável, porque estaria, desta forma, quebrando um vínculo com os motivos, os meios e os fins, não existindo mais uma relação linear pelo o consumo de álcool fazer com que ocorra a contaminação pela doença, seja pelo fato das pessoas estarem bêbadas ou não.

Ainda Barroso (2010, p. 261) complementa que:

[...] o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com

menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Não cabe ao Judiciário impor a realização das *melhores* políticas, em sua própria visão, mas tão-somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional.

Para Carvalho (2010, p. 369):

Está vinculado ao princípio do devido processo legal, o princípio da proporcionalidade passou de uma dimensão instrumental, para uma dimensão substantiva, quando a Suprema Corte norte-americana, no final do século XIX, decidindo questões relacionadas com a interferência das leis na economia, invalidou leis que interferiam na liberdade de contratar. Já a partir do final da década de 30, do século passado, o vetor do devido processo legal substantivo se transferiu das liberdades econômicas para a proteção dos direitos fundamentais.

Para Ávila (2005, p. 110), a razoabilidade se diferencia da proporcionalidade, pois, o princípio da proporcionalidade tem como objetivo a escolha do Poder Legislativo e do Poder Executivo, para que a realização dos fins, meios adequados, necessários e proporcionais e ainda a relação de nexo causal entre o meio e o fim, diferentemente do princípio da razoabilidade, pois não faz referência entre meio e fim e sim exige uma relação correta entre a medida cabível e o critério adotado. Por isso divide em razoabilidade como equidade, congruência e equivalência.

#### 4.5 NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO RESPONSÁVEL DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Trabalhosa é a tarefa de diferenciar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Percebe-se que parte da doutrina e da jurisprudência emprega os dois princípios indistintamente, como sinônimos. Nesse sentido, Branco (2006, p. 149) pondera que dificilmente o intérprete da lei separa “[...] em compartimentos estanques, os dois princípios, pois o que é razoável é ser proporcional e vice-versa”.

Por todas as considerações desenvolvidas até o momento, é possível afirmar que não existe sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apesar de ambos possuírem pontos idênticos. É importante destacar a importância dos princípios em estudo – razoabilidade e proporcionalidade – no mundo jurídico, uma vez que mesmo não expressamente previstos na CF/88, são aplicados frequentemente pelos Tribunais.

Nessa vereda, salienta-se que apesar de não encontrar amparo constitucional, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão previstos expressamente no ordenamento jurídico brasileiro no *caput* do artigo 2º, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Convém ressaltar, ainda, que se verifica, cabalmente, que os julgados não apresentam uma fundamentação adequada e que há ainda muito que progredir na pesquisa do legítimo sentido dos princípios em estudo.

Tanto o princípio da razoabilidade como o princípio da proporcionalidade, tem por finalidade garantir a utilização moderada do poder, prevenindo e reprimindo o excesso. Desta forma, enuncia Branco (2006, p. 149) que os dois princípios – razoabilidade e proporcionalidade – constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, isto é, convergem em busca da justiça, do equilíbrio dos socialmente desiguais.

Para corroborar isto, é importante observar a contribuição de Garcia e de Alves (2010, p. 120):

O Poder Judiciário deve velar sempre pela plenitude da Constituição, impedindo que os direitos fundamentais sejam atingidos pelos excessos praticados pelo legislador sob o singelo argumento de estar atuando no campo de liberdade aberto por aquela.

O emprego dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Poder Judiciário, quando da colidência entre um ato normativo e os princípios em estudo, deve ser antecedido de grande precaução, valorando o fim a que a norma se destina, mas, sua aplicação de modo algum deve ser descartada.

Para Branco (2006, p. 157), em resumo, ambos os princípios – razoabilidade e proporcionalidade – convergem, haja vista que “[...] são utilizados como forma de efetivação do princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, base do Estado de Direito Democrático moderno ([...] publicamente razoável e tendente ao justo)”.

Contemporaneamente, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade representam importante mecanismo para a proteção ante os excessos do legislador, garantindo a primazia da Constituição. Verifica-se, assim, o relevante papel destes princípios no controle de constitucionalidade, tendo em vista que possibilita a diminuição de abusos por parte do aplicador da norma.

## 4.6 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA LICITAÇÃO E AS EXIGÊNCIAS DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Atentando para a importância da matéria, Justen Filho (2010a, p. 429), argumenta que:

O conceito de qualificação técnica é complexo e variável, refletindo a heterogeneidade dos objetos licitados. Cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos. É implausível imaginar algum caso em que a qualificação técnica seria irrelevante para a administração. Quando muito poderia imaginar-se que o objeto é suficientemente simples para ser executado por qualquer profissional de uma certa área.

É, também, por meio da qualificação técnica que a Administração Pública realiza uma espécie de filtro entre os interessados, objetivando que restem dentro do certame apenas aqueles com reais condições de adimplir o contrato administrativo com a qualidade desejada.

### 4.6.1 Conceito

A qualificação técnica possivelmente é o principal instrumento que o administrador tem em suas mãos para garantir um contrato bom e confiável. É por meio desta que se terá a garantia de que todos os licitantes são aptos para realizar o objeto do contrato administrativo, já que os que não possuem habilidade e capacidade para tal serão inabilitados.

A fim de conceituar a qualificação técnica, Justen Filho (2010a, p. 428-429) ensina:

A expressão “qualificação técnica” tem grande amplitude de significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimento e habilidade teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado. Isso abrange, inclusive, a situação de regularidade em face de organismos encarregados de regular determinada profissão. Na ordenação procedimental tradicional, essa qualificação técnica deverá ser investigada em fase anterior ao exame das propostas e não pode sequer admitir a formulação de proposta por parte de quem não dispuser de condições técnicas para executar a prestação.

Reforçando o entendimento da necessidade de o licitante ter condições de cumprir o contrato a ser firmado, Niebuhr (2008, p. 381) diz que o interessado deve ter condições

técnicas para adimplir o contrato com máxima eficiência, tendo em vista, inclusive, que existem contratos com elevado grau de complexidade, em que se faz necessária aptidão especialíssima para cumprir com presteza a obrigação assumida.

Deve-se frisar, entretanto, que a Administração deve agir com base em parâmetros para ter comprovada a capacidade técnica dos interessados. Quanto aos documentos, por exemplo, as possibilidades de exigência limitam-se aos elencados no artigo 30, da Lei nº 8.666/93, a seguir exposto:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. [...]

Essencial ressaltar, nesse assunto, conforme leciona Niebuhr (2008, p. 382), que nas licitações na modalidade pregão não se aplica o artigo supra exposto, sendo que – conforme já mencionado – tal modalidade rege-se por legislação própria, que confere mais liberdade ao administrador quando da fixação dos documentos exigidos para a comprovação de qualificação técnica em cada certame.

Destarte, importante ressaltar que na linha do que ensina Justen Filho (2010a, p. 431), as exigências relativas à qualificação técnica do interessado devem constar de forma explícita do edital, não sendo cabível qualquer obrigatoriedade implícita neste aspecto.

Outro ponto importante para a real constatação da aptidão do licitante é a atualidade dos documentos apresentados a fim de comprovar a qualificação deste. Não é razoável que os documentos refiram-se a contratos adimplidos há muito tempo atrás, visto que durante o lapso existente até o momento do novo contrato muita coisa podem ter mudado, inclusive a ponto de tornar um interessado desqualificado.

Em tais casos cabe à Administração apurar a condição atual e real do interessado objetivando não firmar contrato com pessoa ou empresa incapaz de adimplir o contrato. Nesse sentido é o entendimento de Justen Filho (2010a, p. 462):

É dever da Administração, diante da constatação de que a comprovação acerca da execução de objeto similar refere-se a momento distante no tempo ou a circunstâncias diversas, promover diligências para apurar a continuidade da existência dos requisitos de habilitação.

As exigências a respeito da qualificação técnica devem, no entanto, observar outros requisitos além dos constantes do artigo 30, da Lei nº 8.666/93. O administrador deve atentar para a razoabilidade do que vai solicitar, sendo ilegais exigências que extrapolem os limites aceitáveis, conforme será estudado adiante.

#### 4.6.2 Tipos de Qualificação Técnica

A qualificação técnica divide-se em três tipos, quais sejam: genérica, específica e operativa. A primeira diz respeito ao registro profissional do licitante, a segunda concerne à experiência anterior do interessado e sua aptidão no que tange ao pessoal e aos equipamentos necessários para a realização do bem ou serviço contratado.

Quanto à capacidade operativa, entende-se a necessidade de dispor de recursos de pessoal e de equipamentos para a obra, não bastando contar com tais requisitos, mas tê-los a disposição.

A respeito do assunto, Meirelles (2004, p. 290) aduz que:

Comprova-se a capacidade técnica *genérica* pelo registro profissional; a *específica*, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal *adequados* para a execução do objeto da licitação; e a *operativa* pela demonstração da *disponibilidade* desses recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução. E assim é porque o licitante pode ser profissional habilitado e não ter pessoal e aparelhamento próprios para a realização do objeto do contrato; pode ser habilitado e possuir o aparelhamento e pessoal adequados, mas indisponíveis para a execução do objeto do contrato, por estar exaurida sua capacidade operativa real. Isso ocorre frequentemente, quando as empresas comprometem esses recursos acima de suas possibilidades efetivas de desempenho, já estando absorvidos por outros contratos de obras, serviços ou fornecimentos.

Importante ressaltar a necessidade de que os recursos materiais e humanos adequados estejam disponíveis. Realmente, não seria lógico deixar de fazer tal exigência, tendo em vista que isso tornaria ineficaz a própria exigência.

Seria fácil para um licitante possuir apenas o pessoal e equipamentos necessários para um contrato e aproveitar-se da prova de existência desses para firmar novos contratos nos quais seria impossível utilizá-los. Nesse liame ensina Gasparini (2004, p. 518):

A capacidade técnica operativa e a aptidão para dispor de bens, equipamentos e pessoal para a execução de determinado contrato. Para fins de licitação, é comprovada com a demonstração da disponibilidade de recursos materiais e humanos para a realização do objeto do contrato. De nada valeria a prova da existência desses recursos se não disponíveis, ou seja, se vinculados a contrato diverso que se executa em outro Estado, por exemplo.

Desta forma, cabe à Administração constatar a capacidade técnica em todas as suas vertentes, objetivando a certeza de que o licitante possui todos os requisitos necessários “no papel” e à disposição. Não é incomum haver problemas na execução de contratos por conta de pontos nesse aspecto, sendo que os mesmos poderiam ter sido evitados facilmente pelo administrador.

#### **4.6.3 Limites dentro da Qualificação Técnica**

Tema basilar do presente trabalho, a qualificação técnica exigida dos licitantes deve estar dentro de certos parâmetros, sendo inaceitáveis solicitações que extrapolem os limites do necessário ao cumprimento do contrato.

Atentando para a dificuldade existente na limitação da qualificação técnica e ao grande número de polêmicas e problemas existentes nesse âmbito, Niebuhr (2009, p. 358) leciona:

O tema referente aos atestados de capacitação técnica em licitação pública alimenta inúmeras polêmicas e situações controvertidas, porquanto a legislação sobre o assunto é confusa, não guarda caráter sistêmico e concede aos agentes administrativos amplíssima margem de discricionariedade, exercida, assaz das vezes, malgrado, com irresponsabilidade. Com frequência, as exigências de atestados de capacidade técnica apresentam o ponto nevrálgico do direcionamento de licitações públicas, abrigando condições impertinentes e irrelevantes ao interesse público, comprometendo, assim, o princípio da competitividade.

De fato, grande parte dos certames constatados como direcionados o são por conta de exigências relativas à qualificação técnica, ou seja, o maior problema dentro dos certames atuais diz respeito à matéria ora tratada.

Observando o pressuposto maior da licitação, ou seja, o acesso do maior número de interessados ao certame, Justen Filho (2010a, p. 460) aduz o seguinte:

Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima [...].

A CF/88 prevê em seu artigo 37, inciso XXI, que a qualificação técnica requerida deve ser apenas a necessária para ter-se garantia de um contrato exitoso. De tal sorte, qualquer exigência a este respeito que vise algo além da simples garantia do cumprimento do contrato é abusiva, contamina o certame e pode levar à sua anulação.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reconhece a necessidade de conferir a capacidade do licitante, desde que não sirva apenas para frustrar a participação do maior número possível de interessados. Assim:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS OFENSIVAS AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E IGUALDADE - REEXAME DESPROVIDO. É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações (Min. Franciulli Neto) [...] (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, Acórdão 2007.014937-2, Relator Des. Orli Rodrigues, 2007).

Relacionando o tema com o objeto da licitação, Justen Filho (2010a, p. 430) explica que as exigências atinentes à qualificação técnica guardam relação com o objeto licitado, sendo que ao definir o objeto a Administração está implicitamente delimitando a qualificação técnica exigível dos interessados no contrato.

Face a discricionariedade atribuída ao administrador no tema, ao longo do tempo tem-se tentado chegar a um ponto de equilíbrio entre a qualificação técnica exigida tendo em vista o objeto licitado. A fim de encontrar tal ponto, os tribunais vêm decidindo com base em percentuais que consideram razoáveis de serem exigidos.

Sobre o impasse, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no seguinte sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - INSURGÊNCIA CONTRA A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA -



#### RAZOABILIDADE DO REQUISITO IMPOSTO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA

O item impugnado do Edital previa a apresentação de atestado ou certidão de execução anterior de obra igual ou superior à aproximadamente 70% (setenta por cento) da obra licitada. A exigência, portanto, mostra-se razoável e sem excessos, logo, perfeitamente lícita.

"A melhor inteligência da norma insita no art. 30, § 1º, I (parte final), da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiveram assentadas em **critérios razoáveis**." (STJ, REsp 466286/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 07/10/2003, p. DJ 20/10/2003).

"(...) não se reconhece ilegalidade na proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado." (STJ, REsp 331215/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/03/2002, p. DJ 27/05/2002). [...] (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, Acórdão 2007.014937-2, Relator Des. Cid Goulart, 2007). (grifos nossos).

É importante pontuar até onde é lícito ao administrador quantificar um item referente à qualificação técnica, sendo que quanto mais informada e norteada a Administração estiver, mais fácil é a atividade do administrador honesto.

Ademais, cumpre reafirmar o fato de que só se admite formulação de requisitos atinentes à qualificação técnica que digam respeito ao objeto licitado. A respeito, Justen Filho (2010a, p. 461) preceitua os requisitos que restrinjam a participação de interessados no certame não devem ser irrelevantes para a execução do objeto licitado, devendo o administrador atentar para a atividade essencial e principal a ser executada sem fazer maiores referências a especificações ou detalhamentos. Tal tratamento, segundo o autor, não leva a irrelevância dos detalhes, que são significativos para a execução do objeto, mas não possuem a mesma importância dentro da fase de habilitação.

No mesmo liame, aduz Niebuhr (2009, p. 358-359) que:

Em síntese, as exigências relativas aos atestados de capacidade técnica não devem ser impertinentes ou irrelevantes, tomando sempre como referência as especificidades do objeto licitado, uma vez que este pode demandar inúmeras peculiaridades. É preciso haver relação de adequação entre as exigências e o objeto do instrumento convocatório, ou seja, àquele demandado pela Administração. A análise da utilidade, necessidade, relevância e pertinência das exigências realizadas em habilitação deve partir do objeto licitado e das suas especificidades, haja vista que ele é o fator determinante e último para apontar quais se harmonizam ou não ao princípio da competitividade.

O artigo 30 da Lei nº 8.666/93 delimita os documentos passíveis de exigência pela Administração, impondo limites à discricionariedade do órgão licitante e diminuindo, como

pode, a possibilidade de exigências abusivas e com finalidades estranhas à boa administração.

O que ocorre algumas vezes no ato do agente público, em verdade, é o desvio de finalidade. Ou seja, pratica-se um ato visando o atendimento da vontade de alguém ou de um grupo de indivíduos em detrimento do alcance do contrato mais benéfico para a Administração.

Deste modo, importantes os ensinamentos de Di Pietro (2008, p. 229) que seguem:

[...] pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.

Desvios de finalidade são constantemente verificados dentro dos certames licitatórios, evidenciando um problema em relação aos administradores que vai além do alcance das leis, doutrinas e jurisprudência administrativas. A qualificação técnica é, pois, como já dito, um tema complexo e ainda nebuloso, motivo pelo qual ainda é usado como armadura para atuações incorretas do administrador imoral.

#### **4.6.4 Discricionariedade Administrativa**

A lei confere ao administrador certa liberdade em seus atos e no modo como desempenha suas funções. Esta liberdade limitada é conhecida como discricionariedade administrativa, por meio da qual a Administração irá agir com base em requisitos dispostos em lei a fim de encontrar a melhor solução para os problemas decorrentes de sua atividade.

##### **4.6.4.1 Poder discricionário**

Tal poder representa, em suma, a possibilidade de o administrador público tomar decisões acerca dos diversos casos que dizem respeito à Administração com certo nível de liberdade respaldada por lei. Ainda, deve o agente proceder observando critérios de oportunidade e conveniência desses atos à Administração.

O administrador enfrenta uma grande variedade de casos - de diversos níveis de complexidade - em sua atuação pública, motivo pelo qual se justifica a discricionariedade a ele conferida. Nesse liame ensina Meirelles (2004, p. 166):

A discricionariedade da administração encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

No mesmo sentido, Carlin (2002, p. 158) sustenta que à lei é impossível regular todas as condutas do administrador, restando conferir a este prerrogativa de avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos e praticá-los de modo a atender o interesse público. Nesse âmbito encontra-se o poder discricionário da Administração.

Importante lembrar que o poder abordado não confere ao administrador público ampla escolha de seus atos, ele não está autorizado por lei para simplesmente agir como achar melhor. Deve-se atentar para a situação em conjunto com as orientações legais, observando sempre a conveniência e a oportunidade nos atos praticados.

Assim leciona Carvalho Filho (2009b, p. 47):

Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.

Assim, deve-se abolir a ideia de que o agente pode agir como bem entender; ele não tem poder para atuar de encontro às leis e princípios. Há, sim, a garantia de atuação com maior liberdade objetivando superar a complexidade e variedade dos problemas enfrentados pela Administração, mas sempre agindo dentro da legalidade.

#### 4.6.4.2 Ato discricionário

O ato discricionário decorre do poder discricionário atribuído à Administração. É aquele ato em que o agente escolhe a melhor forma de proceder, tendo em vista as possibilidades previstas em lei e o objeto desejado.

Completando a ideia de ato discricionário, Meirelles (2004, p. 166) afirma que “*Atos discricionários* são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.

Mais uma vez, cumpre salientar que a liberdade do administrador público é limitada, e deve atentar sempre para critérios de oportunidade e conveniência, conforme aduz Gasparini (2004, p. 94):

*Discricionários* são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de *conveniência* e *oportunidade*, ou seja, de *mérito*. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz um interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou de outro modo.

O autor trata do subjetivismo do ato discricionário, ou seja, diz que em tais atos a verdade pessoal do agente público é a que vai decidir o caminho a ser tomado. Assim, o administrador está preparado para tomar decisões e o faz quando da brecha existente na lei, devendo fazê-lo somente objetivando o atendimento ao interesse público.

Ademais, Mello (2006a, p. 395) sustenta que atos administrativos seriam melhor denominados como “atos praticados no exercício de competência discricionária”, sendo atos praticados pela Administração com certa liberdade já que a lei deixou campo para apreciação com certo subjetivismo pelo administrador público.

A atuação discricionária dos agentes administrativos na realização de suas tarefas comporta, conforme explicado, determinado subjetivismo; no entanto deve-se atentar para não agir de modo arbitrário, sendo que uma linha tênue pode separar esse da administração discricionária e perfeitamente legal.

#### 4.6.4.3 Arbitrariedade e Discricionariedade Administrativa

Importante fazer a distinção entre arbitrariedade e discricionariedade nos atos da Administração. A segunda já foi estudada e conceituada. No que concerne à arbitrariedade, diz-se que esta ocorre quando o agente público age fora dos parâmetros estabelecidos em lei ou mesmo contra a própria lei.

Fazendo a distinção entre os dois temas e conceituando arbitrariedade, Carlin (2002, p. 159) aduz que:

O poder discricionário distingue-se do poder arbitrário pelo fato de que este excede ou se encontra fora da lei (*contra legem*), pelo que é suscetível de controle da legalidade, é ilegal, típico das monarquias absolutas, extrapola a lei e é inválido, pelo que a própria Administração Pública pode declarar a nulidade do ato arbitrário (Súmulas nº 346 e 473 - STF).

No mesmo sentido, Meirelles (2004, p. 116) insiste que não se confundem ato discricionário com ato arbitrário. Ambos têm conceitos totalmente diferentes, sendo que discricionariedade é a atuação dentro dos limites da lei e arbitrariedade é a atuação contrária ou excedente da lei, é inválida.

De fato, não é cabível ao administrador público agir fora do que a lei permite. Ademais, para qualquer situação em que a lei não possa servir para uma resposta completa, existe a possibilidade da atuação discricionária, nos conformes da lei. Práticas arbitrárias disfarçadas de discricionárias contaminam a atividade administrativa e, na maioria das vezes, visam colocar interesses particulares acima dos coletivos.

Neste sentido, entende Carvalho Filho (2009b, p. 48):

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete *arbitrariedade*, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial em ambas: não há discricionariedade *contra legem*.

Assim, não se pode admitir que um agente público pratique ato ilegal sob a proteção da legalidade atribuída a um ato discricionário. Os atos arbitrários nas licitações visam, em grande parte, burlar os reais objetivos desta e atender interesses estranhos à atividade administrativa sóbria, devendo a Administração ou demais órgãos ou pessoas agir firmemente a fim de coibir tal prática.

#### 4.6.4.4 Limites na Discricionariedade Administrativa

A legislação administrativa confere um nível de liberdade ao agente público para que este pratique alguns atos conforme entender conveniente e oportuno, no entanto a própria lei estabelece limites para a atuação discricionária do administrador.

Os limites da atuação discricionária são os muros que separam esta da atuação arbitrária e, como já visto, ilegal. Assim, cabe expor os ensinamentos de Di Pietro (2008, p. 201):

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Ademais, Carvalho Filho (2009b, p. 47) explica que existem dois fatores que limitam a discricionariedade e determinam a legalidade do ato, quais sejam, a adequação da conduta do agente público à finalidade que a lei prevê e a verificação dos motivos inspiradores de determinada situação, pressupondo-se a má atuação do agente que impor obstáculos a essa averiguação.

Destarte, deve-se salientar que os limites não são impostos somente pela legislação. Os princípios também vinculam os atos administrativos e objetivam coibir práticas estranhas à boa administração. Neste sentido Freitas (2004, p. 217-218) sustenta que:

Se examinar, detidamente, cada um dos exemplos colacionados, ver-se-á que a autoridade administrativa, em realidade, jamais desfruta de liberdade pura de escolha ou conformação a ponto de agir em desvinculação com os princípios constitucionais, ainda que a sua atuação guarde – eis ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita do que à concretização dos atos vinculados. Em outras palavras, qualquer ato discricionário que se torne lesivo a um dos princípios fundamentais pode e deve ser anulado. Mais: soa os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, devem ser controlados, não para tolher o administrado público, muito menos para usurpar suas funções, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes.

No trecho supracitado, o autor destaca o controle jurisdicional no âmbito dos atos discricionários. De fato esses são os que merecem maior atenção e controle por

representarem as lacunas onde a lei autoriza atuação subjetiva; âmbito em que o administrador público mal intencionado age a fim de atender suas razões pessoais.

Em verdade, o ato discricionário está limitado pela lei e pelos princípios, sendo que qualquer tipo de atuação fora dos limites estabelecidos configura desvio de finalidade e nulidade do ato. Infelizmente, existem agentes que, a pretexto da atividade discricionária, atuam de forma obscura e objetivando o interesse individual, motivo pelo qual os atos discricionários merecem atenção especial quando se trata de controle dos atos administrativos.

#### 4.7 CONTROLE DA LICITAÇÃO

Os certames licitatórios se submetem a controles durante as sucessões de atos que o compõe. O Tribunal de Contas, Poder Judiciário e a própria Administração, utilizando-se da autotutela, promovem tais controles. Com isso objetiva-se maior respeito às leis e aos princípios por parte do agente público quando de sua atuação dentro da licitação.

O Controle Administrativo é o exercido pelos próprios órgãos administrativos quando constatado algum vício no processo licitatório. A Administração, sustentada pelo seu poder de autotutela, está apta e legitimada para atuar diretamente no certame fiscalizando e anulando ou revogando os atos ilegais. Pode atuar de ofício ou mediante provocação de qualquer cidadão.

Sobre o controle administrativo Furtado (2010, p. 1108) sustenta que:

Esta modalidade de controle, legitimado por meio do poder de autotutela, permite que a Administração Pública possa fiscalizar e corrigir, de ofício ou mediante provocação, o mérito e a legitimidade de todos os atos praticados no âmbito de determinada entidade administrativa, anulando os atos contrários à ordem jurídica e revogando os atos inconvenientes e inoportunos.

No mesmo liame, Carvalho Filho (2009b, p. 899) leciona que o aspecto interno do controle permite o que é conhecido como prerrogativa de autotutela conferida à Administração, que faz com que na ocorrência de condutas ilegais a mesma possa invalidá-las ou anulá-las. Servem, ademais, as Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal para definir o tema:

Súmula nº 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (STF).

Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (STF).

Ou seja, cabe à Administração anular seus atos viciados e revogar os que não se encaixam nos critérios de conveniência ou oportunidade. Não é facultado ao administrador que dentro do certame, ao tomar conhecimento de alguma das hipóteses citadas, simplesmente dê continuidade aos atos e releve os vícios, por menores que eles sejam.

Outrossim, cumpre frisar que, conforme ensinamentos de Di Pietro (2008, p. 376), o presente controle deve ser exercido de ofício pela Administração face a existência de vício. No entanto, caso qualquer particular perceba ilegalidade não sanada pelo agente público competente pode pleitear, por meio de recurso administrativo, que o mesmo o faça.

Conforme prevê o artigo 41, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a impugnação ao edital é, em regra, a peça utilizada para que qualquer particular alegue vício no edital licitatório, devendo fazê-lo até cinco dias úteis antes da data de abertura dos envelopes de habilitação. A tempo, vale dizer os licitantes devem impugnar o edital até dois dias antes do mesmo ato de abertura, conforme depõe o § 2º, do mesmo artigo.

Finalizando, a Administração Pública deve sempre valer-se de seu poder de autotutela a fim de, *ex-officio*, anular ou revogar seus atos ilegais dentro do certame, ou mesmo diante de provocação de algum particular que o solicita por meio de impugnação ao edital ou recurso administrativo. O que importa, em verdade, é impedir que o certame eivado de vício culminasse em um contrato administrativo.



## CONCLUSÃO

Este estudo teve a finalidade de demonstrar a aplicação necessária dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade frente a necessidade de haver um controle mais rigoroso nos casos em que a Administração efetua a contratação direta de particulares.

Assim, no primeiro capítulo foi buscado conceituar Licitação Pública, conforme previsto na Constituição Brasileira e disciplinado pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos para o conhecimento teórico básico sobre a licitação, finalidade e modalidades.

No desenvolvimento deste capítulo, foram apresentadas as seis modalidades licitatórias existentes, seus requisitos e diferenças, os quais um agente público deve ter conhecimento conforme o valor para modalidade a ser empregada ou objeto a ser licitado, também a Lei nº 10.520/02, posterior à Lei de Licitação, criou a sexta modalidade para aquisição bens e serviços mais comuns, denominada de pregão, sujeitando-se as normas gerais previstas na lei anterior. Também, se buscou definir os princípios básicos a serem observados e sua importância no correto desenvolvimento dos procedimentos licitatórios, que não sendo devidamente respeitado poderá acarretar a nulidade do certame.

No segundo capítulo, foi tratado sobre o Instrumento Convocatório e Habilitação, sendo o Edital o instrumento mais comum nos certames, que define as regras, objetivos e procedimentos a serem adotados na licitação, tornando-se obrigação imposta a administração, atendendo ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também respeitando o princípio da publicidade e os prazos nele fixados.

Os requisitos do Edital estão elencados no art. 40 da Lei nº 8.666/93, devendo ser observados em sua elaboração, também devem conter a especificação do objeto a ser licitado, de forma correta e clara sem deixar dúvidas de suas características. Em grande parte os vícios no edital são em razão de sua má elaboração e com cláusulas equivocadas por falta de capacitação dos administradores e, em alguns casos, interesses obscuros, comprometendo o certame e não atendo o interesse público.

Dentre as condições impostas no Edital, tem-se a fase denominada habilitação, prevista no § 1º, do art. 43, da Lei de Licitação, onde é analisado se o particular possui capacidade necessária para firmar contrato com a Administração Pública e os documentos necessários. Das exigências, a habilitação jurídica é que apresenta menores problemas,

sendo elencados no art. 28, a qualificação econômico-financeira tem papel fundamental tendo em vista a garantia do cumprimento do contrato administrativo, a regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que apresente discordâncias entre doutrinadores, deve ser atendida pelos licitantes sob pena de inabilitação, o cumprimento do inciso XXXIII, art. 7º, da CF/88, quanto a utilização de menor de dezoito anos em condições específicas de trabalho, também divergente, mesmo assim cabe a administração requerer do particular a declaração de que observa as exigências contida nesse artigo.

No último capítulo do desenvolvimento desta monografia tratou-se dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Licitação desde sua origem histórica, evolução ao longo do tempo e até sua aplicabilidade atualmente.

Em um primeiro momento foi estudado a origem do Princípio da Proporcionalidade, com início no século XVII, sendo após a segunda Guerra Mundial reconhecido com princípio constitucional na Alemanha e de forma implícita no art. 5º da CF/88, quando proíbe penas excessivas e desproporcionais. Foram abordados os elementos que caracterizam este princípio, que são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo a aplicabilidade da medida necessária e adequada, onde a vantagem de determinado ato deve superar as eventuais desvantagens que venha ocorrer.

A origem histórica do princípio da razoabilidade, remonta a Magna Carta Inglesa de 1215 até ser integrado na CF/88. Alguns doutrinadores entendem que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade são sinônimos e outros entendem que são antônimos. Os critérios que propõe sentidos normativos, como o da equidade, congruência e de equivalência, servem para diferenciar do princípio da proporcionalidade.

As formas de interpretação destes princípios suscitam divergências, sendo a busca do mais justo e equilibrado para sua aplicação, representa importante mecanismo de proteção, exigindo da atuação do legislador e do administrador público observando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade dos meios.

A aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade nos critérios de qualificação técnica deve ser observada também quando da necessidade de o licitante comprovar capacidade técnica para cumprir o contrato firmado, sendo inaceitáveis solicitações que extrapolem os limites do contrato.

Em que pese a discricionariedade administrativa devem ser observados os requisitos dispostos em lei, pois tem uma liberdade limitada, devendo proceder de acordo

com critérios de oportunidade e conveniência desses atos da administração. Os princípios também vinculam os atos administrativos e tem com objetivo coibir práticas não recomendadas nas lacunas da lei, autorizando uma maior atuação subjetiva do administrador.

Finalizando este último capítulo foi trado do controle dos certames licitatórios que podem ser realizados pelo Tribunal de Contas, Poder Judiciário e mesmo a Administração, utilizando-se da autotutela. O Controle administrativo é realizado pelos próprios órgãos que podem anular ou revogar seus atos na ocorrência de condutas ilegais dentro do certame

Não há dúvidas de que a regra para a contratação de particulares pela Administração é mediante o regular procedimento licitatório, por ser o que melhor atende às necessidades e possibilita igualdade nas condições de concorrência entre aqueles que desejam contratar com a Administração.

O legislador estabeleceu diferentes modalidades de seleção do particular, conforme características especiais do objeto ou pessoa a ser contratado. Tratou ainda de delegar ao administrador poder discricionário para que decida, diante de casos concretos, se é mais vantajoso para o interesse público a realização de procedimento licitatório ou a contratação direta, elencando um rol exemplificativo, nos casos de inexigibilidade e um rol taxativo nos casos de licitação dispensada, deixando a critério do administrador optar por fazer ou não licitação, conforme for mais favorável ao interesse público, nos casos de licitação dispensável e inexigível.

A aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem atuar como forma de equilíbrio para a execução das licitações públicas levando em consideração a sua procedimentalização, vinculada ao formalismo, contudo, o ato de julgar os documentos considerados habilitatórios e as diversas propostas dos licitantes, se revestem de bom senso e razoabilidade, significando ser formal sem ser totalmente formalista.

Conclui-se que esse formalismo necessário é, sim, um instrumento valioso da igualdade e moralidade nos atos administrativos, o que não se pode admitir são rigorismos exagerados com a melhor exegese da Lei e contrário ao Estado de Direito.

Portanto o ato de julgar uma licitação deve-se observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando um rigor formal, porém cuidando para que não se estabeleça um processo ilegal de licitação, de forma que a interpretação razoável da Lei seja garantia de sua aplicação, buscando sempre satisfazer o interesse público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BRASIL. **Lei N. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Casa Civil. **Lei N. 10.520, de 17 de julho de 2002**: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: Vade Mecum Universitário de Direito. 9 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N. 12.440, de 7 de julho de 2011**: Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12440.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12440.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 29290/MG Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2009/0065647-5**. Relator: LIMA, Arnaldo Esteves. Publicado no DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=997108>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS 25481 AgR/DF**. Ementa constitucional e administrativa – agravo interno em mandado de segurança – decisão do TCU em sede de

pedido cautelar em representação – ilegalidade de procedimento licitatório da Petrobrás – impropriedade do objeto do mandamus – agravo não provido. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Distrito Federal, Julgamento: 04 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28tribunal+de+c+ontas+da+uniao+licitacao%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADC 30/DF**, Relator: FUX, Luiz. Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, Processo Eletrônico DJe-127 Divulg 28-06-2012 Public 29-06-2012 RTJ Vol-00221- PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346**. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0346.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0346.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0473.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da licitação**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado**. 2 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 16 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. 22 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

DI PIETRO, Mara Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo/SP: Atlas, 2008.

EUGENIO, Luiz Augusto. **Princípios penais constitucionais e o princípio da proporcionalidade das penas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3386, 8 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22741>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

FERNANDES, Marcos Antônio. **Prática de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 5 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

KARL, Larenz. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo, Atlas, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados sobre as exigências de atestados de capacidade técnica em licitação pública. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). **Grandes temas de Direito Administrativo**: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

\_\_\_\_\_. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

\_\_\_\_\_. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2 ed. Curitiba: Zênite, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11 ed. rev atual. e ampl. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.014937-2**. Ementa: Apelação cível em mandado de segurança - administrativo - licitação - exigências editalícias ofensivas aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade - reexame desprovido. Juiz Prolator: Ricardo Alexandre Fiuza. Julgado em 19 dez. 2007. Disponível em: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=qualificação técnica"&id=AAAbmQAABAAFXb9AAE&categoria=acordao](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=qualificação_técnica)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de Segurança n. 2006.036750-6 e Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2006.036750-6/0001.00**. Ementa: Mandado de segurança - licitação - insurgência contra a exigência de comprovação de qualificação técnica - razoabilidade do requisito imposto - ausência de direito líquido e certo - segurança denegada. Relator: Des. Cid Goulart, Florianópolis, 22 fev. 2008. Disponível em: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=qualificação técnica"&id=AAAbmQAABAAFXPGAAB&categoria=acordao](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=qualificação_técnica)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.